

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU ROLE
DE LA
POSSESSION D'ÉTAT
D'ÉPOUX LÉGITIMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le mardi 24 Janvier 1911
à 3 heures*

PAR

Charles POURREAU

Président : M. PIÉDELIEVRE, professeur.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
BARTIN, professeur.*

TOURS

IMPRIMERIE TOURANGELLE

20-22, RUE DE LA PRÉFECTURE

1911

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU ROLE
DE LA
POSSESSION D'ÉTAT
D'ÉPOUX LÉGITIMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 24 Janvier 1911, à 3 heures

PAR

Charles POURREAU

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

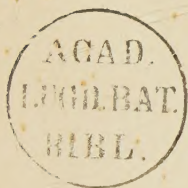
Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur,
BARTIN, professeur.

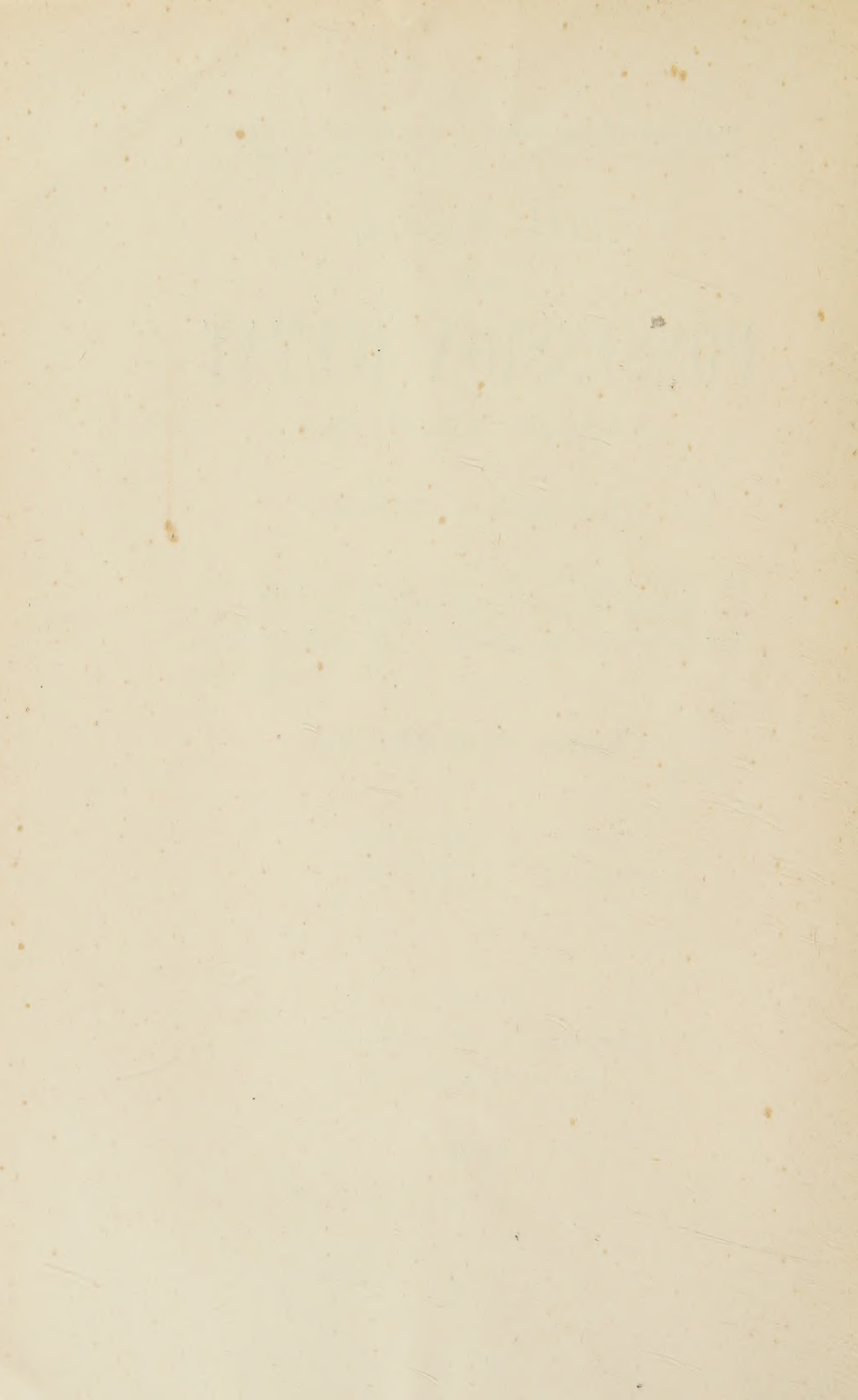
TOURS

IMPRIMERIE TOURANGELLE

20-22, RUE DE LA PRÉFECTURE

1911





*A mon Père bien-aimé, qui m'a inspiré, par
son exemple, le sentiment du devoir et l'amour
du travail.*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552808_0047

DU ROLE

de la Possession d'état d'Époux légitimes

INTRODUCTION

DE LA POSSESSION D'ÉTAT D'ÉPOUX LÉGITIMES

On a coutume de dire que le droit, à son origine, présente un caractère formaliste ; pour tous les actes de la vie civile, l'accomplissement d'un rituel déterminé, la prononciation de paroles sacramentelles, la rédaction d'actes minutieusement réglementés sont nécessaires. Puis, au fur et à mesure que la civilisation progresse, toutes ces solennités tomberaient en désuétude et la volonté des parties tendrait, de plus en plus, à se suffire à elle-même.

Il faut se garder de généraliser à l'excès cette conception synthétique de l'évolution du droit. En ce qui concerne notamment le mariage et sa preuve, l'humanité n'a pas exactement suivi cette marche, et, partie de la plus absolue simplicité, elle a plutôt compliqué les formes de l'union conjugale, ses conditions de validité et sa preuve. Le mariage, en effet, est la base et comme la source première de la société ; tant que cette société fut encore rudimentaire et n'eut pas en quelque

sorte pris conscience d'elle-même, le mariage n'y fut pas réglementé. Mais quand, par un progrès très lent, la collectivité fut parvenue à imposer sa puissance à l'individu, l'union des deux sexes cessa d'être entièrement libre et des règles précises en déterminèrent la formation, la preuve et les effets.

Ce formalisme croissant apparaît nettement quand on examine le rôle de la possession d'état d'époux légitimes.

Toute possession consiste dans l'exercice d'un droit manifesté par des signes extérieurs, et, spécialement, la possession d'état d'époux légitimes implique que deux personnes ont porté le même nom, ont vécu publiquement comme mari et femme et ont été tenues pour tels par leur famille et par le public (*nomen, tractatus, fama*).

Cette possession d'état établit-elle la preuve du mariage ?

A cette question, la réponse est différente suivant les époques et suivant les nations envisagées.

D'après des travaux sociologiques récents, l'union des sexes ne se serait d'abord réalisée que par la promiscuité due à des affections momentanées ou à des abus de la force (1). Dans cette période embryonnaire,

(1) Voir, sur ce point, GIRAUD-TEULON. *Les Origines du mariage et de la famille*, 1874, et la réfutation de cette doctrine par Mgr A. LE ROY, *La Religion des primitifs*, 1909, p. 94 et suiv.

il n'y aurait pas eu de mariage à vraiment parler, car le mariage résulte de relations continues ; c'est, d'après le droit philosophique, « la société perpétuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle, et aux rapports naturels qui doivent en naître (1) ».

S'il est vrai qu'à cette première période en ait succédé une autre, celle de la polygamie sous ses deux formes, soit la polyandrie, ou mariage de plusieurs hommes avec une seule femme, soit la polygynie, ou mariage de plusieurs femmes avec un seul homme, qui existe actuellement chez les musulmans et certaines peuplades sauvages, ces formes primitives du mariage appartiennent à des époques préhistoriques et nous ne pouvons dès lors savoir comment la preuve de ces unions était établie.

Tel qu'il nous apparaît au début de l'histoire, le mariage est généralement monogamique. En face de la force brutale de l'individu, un pouvoir rival, tribu ou État, s'était élevé et le célibat ne pouvait plus être imposé à tous ceux à qui leur faiblesse rendait impossible la conquête d'une femme.

À Rome, dès l'origine, la monogamie seule existe (2) ; le mariage y est considéré comme l'union de l'homme

(1) AUBRY et RAU, t. V, § 450.

(2) Une loi attribuée à Numa défend à la femme qui vit avec un homme marié de toucher à l'autel de Junon, et l'oblige, en cas de contravention, à faire un sacrifice expiatoire. FESTUS, V° Paelices — GIRARD, *Textes*, p. 7.

et de la femme s'associant pour toute leur vie, en vue d'une communauté absolue du culte domestique et des intérêts pécuniaires, et c'est cette notion que l'on trouve encore reproduite à l'époque classique, dans la belle définition de Modestin (1) : *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.*

Si l'on envisage le mariage proprement romain, les *justæ nuptiæ*, dans l'ancien droit la *manus*, ou pouvoir de l'homme sur la femme, en était inséparable (2) ; cette dernière tombait sous la *manus* de son mari, lorsqu'il était *sui juris*, ou sous celle du *paterfamilias* de celui-ci, lorsqu'il était *alieni juris*.

La *manus* s'acquerrait de trois manières différentes, qui formaient ainsi les trois modes de célébration du mariage : *confarreatione, cæmptione, usu*.

La *confarreatio*, cérémonie religieuse réservée probablement aux seuls patriciens, consistait dans l'offrande à Jupiter d'un pain de blé grossier (*farreus panis*) et la prononciation de paroles sacramentelles, en présence du Grand Pontife, du Flamine de Jupiter et de dix témoins, représentant peut-être les dix curies antiques.

La *cæmptio*, qui paraît avoir été pratiquée d'abord par les plébéiens et plus tard même par les patriciens, et où l'on pourrait voir un vestige de l'achat de la

(1) D. 23. 2. *De ritu Nuptiarum*, 1.

(2) En ce sens KARLOWA II. 153. — GIRARD. *Manuel*, p. 146. — En sens contraire CUQ. *Institutions*, I, p. 68, n. 2.

femme, se décomposait en deux actes : 1° la *cæemptio* proprement dite, simple convention par laquelle les deux époux se prenaient réciproquement pour mari et femme ; 2° l'acte par lequel cette convention était réalisée et qui n'était qu'une application de la mancipation, ayant pour objet de transmettre au mari ou à son *paterfamilias* la puissance qui appartenait à la famille de la femme.

L'*usus*, ou simple usage, était une acquisition de la *manus* par la possession prolongée, une sorte d'usucapion, qui, à l'époque de la Loi des XII Tables, résultait de la cohabitation pendant un an, pourvu que la femme n'ait pas auparavant découché trois nuits (*trinoctio abesse*). L'*usus*, qui n'est autre chose qu'une véritable possession d'état, suffisait à elle seule pour établir le mariage et, par suite, elle couvrait éventuellement les vices de formes dont la *confarreatio* ou la *cæemptio* auraient été entachées.

Mais, à l'époque classique, le mari n'acquiert plus en général la *manus*. Aux formes du mariage dont il vient d'être parlé s'est substitué le mariage sans *manus*. Celui-ci est, dans son essence, un acte non solennel, qui n'exige ni des paroles sacramentelles, ni la rédaction d'un écrit, ni la présence de témoins, ni l'intervention de représentants de l'autorité civile ou religieuse, ni même la cohabitation prolongée, *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* (1). Est-ce dire que le

(1) ULPIEN. D. 35, 1, de cond. 15.

consentement suffisait, ou, au contraire, ne fallait-il pas qu'il y eût une possession d'état, manifestée par des signes extérieurs ? Encore que la question soit fort débattue entre les interprètes du Droit romain, il est généralement admis que, outre l'échange des consentements, le mariage sans *manus* exigeait, pour être valable, qu'il ait été procédé à l'établissement de la vie commune et que la femme ait été traitée non comme une concubine, mais comme une épouse (1).

Cette absence complète de formalités civiles ou religieuses rendait difficile la preuve du mariage (2). Les usages traditionnels n'y remédiaient qu'imparfaitement. Le mariage était précédé des fiançailles (*sponsalia*) et entouré de solennités (*nuptiarum festivitas*) qui lui donnaient une certaine publicité. De plus, les époux rédigeaient d'ordinaire un acte constatant leurs conventions matrimoniales (*instrumentum dotale, tabula*). Nices fiançailles, ni ces cérémonies, ni cet acte n'étaient d'ailleurs reconnus nécessaires pour la validité du mariage. Pour parvenir à distinguer le concubinat du mariage dont il différait seulement par l'intention (*affectus maritalis*), il fallait donc avoir recours au témoignage des personnes qui avaient assisté aux cérémonies nuptiales ou à la rédaction de l'*instrumentum dotale*,

(1) GIRARD, *Manuel*, p. 151.

(2) Cependant, sous la République, le Censeur invitait les citoyens qui comparaissaient devant lui à déclarer sous serment (*serment de uxoris*) s'ils avaient eu la volonté de prendre une épouse légitime. — GELL. IV, 3, [*Uxoremne habes ex animi tui sententia*] Cuj., *Institutions*, II, p. 90 et n. 6.

ou qui étaient susceptibles d'affirmer que les deux personnes dont l'état était discuté avaient entendu réellement se prendre pour époux légitimes et avaient effectivement vécu commetels. En présence de l'incertitude de la preuve testimoniale et parfois même de l'impossibilité de la rapporter, on fut amené à admettre certaines présomptions de fait, à défaut d'autre indice et sauf preuve contraire (1). D'après une constitution de Théodose et Valentinien (2), la vie commune emportait présomption de mariage entre personnes de même condition et également honorables. Justinien décida que le mariage serait présumé par la cohabitation, pourvu qu'il s'agisse de personnes toutes deux libres et ingénues (3). Par la Nouvelle 74, le principe que la volonté des parties était suffisante pour créer le lien conjugal ne fut plus maintenu que pour les personnes qui n'avaient pas le rang d'*illustres* ou un rang plus élevé ; pour ces dernières, Justinien subordonna la validité du mariage à la rédaction d'un *instrumentum dotale*.

Le mariage légitime, les *justæ nuptiæ*, dont il vient d'être parlé, était réservé aux seuls citoyens romains. Mais, à côté de lui, les Romains connaissaient d'autres unions également régulières : *le mariage des pérégrins*,

(1) La constitution de dot était alors d'un usage si répandu que, sans être une condition de validité du mariage, elle était considérée comme un des signes qui permettaient de le distinguer du concubinat. — PLAUT. *Trin.* III. 2, 63. — Ccq, *Institutions*, I, p. 63.

(2) Code 5. 4, *De ritu nuptiarum*, 22.

(3) Code 5. 4, *De ritu nuptiarum*, 23, 7.

celui du droit des gens, le concubinat et le contubernium.

Lorsque les deux époux, ou l'un d'eux, ne jouissaient pas du *jus connubii*, ils ne pouvaient se marier que, soit sous le régime de leurs lois nationales, lesquelles devaient être fort semblables, au moins dans le très ancien droit, à la loi romaine (1), soit sous le régime du droit des gens qui conférait à leur union un caractère identique à celui des *justæ nuptiæ*, sauf en ce qu'il ne faisait point acquérir au père la puissance paternelle sur les enfants qui en étaient issus. Quant à la preuve du mariage, elle ne pouvait guère s'établir ici encore que par des témoignages constatant la cohabitation et *l'affectus maritalis* (2). D'ailleurs, le mariage du droit des gens dut disparaître lorsque Caracalla eut étendu le *jus civitatis* à tous les sujets de l'Empire, en 212, et surtout lorsque Justinien eut supprimé la classe des affranchis Latins Juniens.

Le concubinat ne fut pendant longtemps qu'un simple fait dépourvu de toute sanction légale. Les enfants issus de cette union libre, ou *liberi naturales*, qu'il ne faut pas confondre avec les enfants nés d'une rencontre momentanée (*spurii, vulgo concepti*) étaient reliés à leur mère par le lien de la *cognatio*, mais non point à leur père. Toutefois, sous l'Empire, la loi *Julia*

(1) Voir *Loi de Salpensa*, C. 21, 22. GIRARD. *Textes*, p. 99.

(2) « En Egypte, le mariage, pour être pleinement valable, devait être constaté par écrit et accompagné de conventions matrimoniales. » CUG. *Institutions*, II, p. 92, n. 7.

de adulteriis, qui punissait le *stuprum*, exempta le concubinat des pénalités qu'elle édictait, *quia concubinitatus per leges nomen assumpsit, extra legis (Juliae de adulteriis) poenam est* (1). Mais, si la loi pénale reconnaissait ainsi le concubinat, il ne paraît pas qu'il en ait été de même de la loi civile, si l'on en excepte la paternité naturelle admise par Trajan en faveur des militaires (2). Les empereurs chrétiens reconnurent, au contraire, la validité du concubinat qu'ils appellent un *inæquale conjugium*, une *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii*. Le concubinat ne pouvait pas être contracté avec une *matrona*, mais seulement avec toute autre femme et, plus spécialement, avec une affranchie. Comme la distinction entre les matrones et les autres femmes alla en s'affaiblissant, il devint bientôt fort difficile de distinguer l'*uxor* de la *concubina*; nous avons vu comment cette preuve était établie et qu'elle résultait, en fin de compte, d'une possession d'état. Le concubinat fut vivement combattu par les empereurs chrétiens, qui ne lui avaient fait produire des effets civils, qu'en vue de rattacher à son père l'enfant naturel, en lui donnant droit à la succession de celui-ci et à des aliments, et en rendant possible sa légitimation par mariage subséquent. Il fut supprimé, trois siècles après Justinien, par Léon le Philosophe.

(1) MARCIEN, D. 25, 7, *De concub.* 3, 1.

(2) PAPYRUS DE BERLIN, publié par WILCKEN en 1893; dans GIRARD, *Textes*, p. 157.

Quant au *contubernium*, ou union de deux esclaves, ce ne fut qu'un pur fait n'engendrant d'autre effet légal qu'une *affinitas* susceptible d'empêcher un mariage véritable après l'affranchissement.

Si la monogamie paraît avoir toujours été seule admise à Rome, il semble, au contraire, que la polygamie n'ait point été inconnue des anciens Germains. Toutefois la monogamie y constituait la règle générale (1). Le mariage, lorsqu'il n'avait point lieu par enlèvement, résultait d'un achat. Cet achat lui-même se décomposait en deux phases : la vente proprement dite, ou contrat de fiançailles, et la remise ou tradition de la femme (2). Le prix d'achat fut rapidement fixé à treize deniers et devint ainsi un élément purement matériel du mariage (3). On ne peut affirmer qu'il y ait eu, dans l'ancien droit germanique, de mariage véritable fondé sur la simple possession d'Etat.

Après la chute de l'Empire romain, l'influence de la religion chrétienne s'interposa entre les dispositions du Droit romain et les coutumes germaniques. Auparavant, même sous les empereurs chrétiens, les prescriptions de la religion n'avaient pu être imposées, sinon à titre de règle morale non sanctionnée par le droit civil. Sans doute, dès avant Constantin, les conciles et les

(1) TACITE. *Germanie*, 18.

(2) LOERSCH et SCHRÖDER. *Urkunden zur Geschichte des deutschen Rechte*, I, *Privatrecht*, p. 61, n° 78, et d'ARBOIS DE JUBAINVILLE. *Etudes sur le Droit celtique*, p. 31.

(3) VIOLLET. *Histoire du Droit français, Droit privé*, p. 458.

évêques avaient formulé certains principes (1), mais ni cet empereur, ni ses successeurs, tout en s'inspirant de ces préceptes, ne se crurent liés par eux, de telle sorte que les fidèles durent obéir tout ensemble aux commandements de la loi civile sanctionnés par le pouvoir séculier, et à ceux de la loi morale qui ne les obligeait qu'en conscience. Même après la dissolution de l'Empire, et au milieu du désarroi qui la suivit, l'Église ne parvint pas immédiatement à s'emparer du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire en matière de mariage (2). Mais son influence augmente d'une manière constante sous les Mérovingiens comme sous les Carolingiens, et les décisions du droit canonique passent entières dans le droit civil (3). Les capitulaires ne donnent point encore cependant à l'Église la compétence exclusive des affaires matrimoniales, mais ne font guère des juges civils que des auxiliaires de l'action ecclésiastique. L'absorption par l'Église des anciens pouvoirs de l'Etat paraît achevée vers la fin du x^e siècle (4).

Cette puissance de l'Église demeura presque incontestée pendant cinq siècles et demi.

L'Église avait, dès l'origine, revendiqué le mariage comme étant de son domaine en vertu de ces paroles de

(1) Synode d'Elvire, de 305 ou 306, canon 61; concile de Néo-Césarée, entre 314 et 325, canon 2; etc.

(2) Parmi les derniers actes du pouvoir civil relatifs au mariage, on peut citer les *Capitulaires de Verberie* (758) et de Compiègne (768) et l'*Edit de Piste* de 864. [BORETIUS, *Capitularia*, I; LAUNOI, *Regia in matrimonium potestas*].

(3) Voir dans BORETIUS, le capitulaire 121, où Charlemagne, à propos des devoirs de famille, reproduit l'Épître de Saint-Paul aux Ephésiens.

(4) ESMEIN. *Le Mariage en droit canonique*, T. I.

Saint-Paul : *Sacramentum hoc magnum est ; dico autem in Christo et in Ecclesia* (1), de certains passages de la Bible, et des principaux auteurs ecclésiastiques (2). Sa compétence se trouvait ainsi limitée à l'existence et à la validité du mariage. Quand son pouvoir se fut affermi, elle en profita pour adjoindre à ces questions toutes celles qui ont, avec le mariage même, un lien quelconque de connexité : les conventions matrimoniales, l'adultère, la filiation légitime, la séparation de biens.

Mais, au xvi^e siècle, ce pouvoir fut battu doublement en brèche, d'un côté par la Réforme qui tendit à déposséder le clergé de ses attributions en matière matrimoniale, soit pour les accaparer au profit des ministres de la nouvelle religion, soit pour en opérer le partage entre ceux-ci et la puissance séculière, et, d'un autre côté, par les légistes qui s'efforcèrent de les restituer à l'État. Le Concile de Trente (1563) marque la fin de l'omnipotence ecclésiastique en matière matrimoniale ; il convient donc d'indiquer quelles furent les règles admises pour la célébration et la preuve du mariage avant cette date.

Pour l'Église, le mariage est d'institution divine. D'après la Genèse, c'est Dieu qui donna à l'homme une compagne : *Quamobrem, relinquet homo patrem suum*

(1) SAINT-PAUL, *Epist. ad Ephes.* v. 31, 32.

(2) Voir notamment TERTULLIEN. *Ad uxorem*, liv. II, c. IX, *De pudicitia*, c. IV et SAINT-AUGUSTIN. *De bono conjugali*, c. XVIII, n° 21.

et matrem, et adhærebit uxori suæ ; et erunt duo in carne una (1), et l'on a vu que Saint-Paul affirmait le caractère sacramentel du mariage, image de l'union du Christ avec son Église. Mais ce sacrement, relevant de la conscience, ne saurait dépendre que du consentement des époux, sans aucune formalité déterminée. Bien plus, la bénédiction nuptiale, que les chrétiens sollicitèrent de l'Église dès l'origine, n'était pas une condition essentielle pour la validité de ce sacrement, et la présence du prêtre n'est pas requise ; de même que le baptême peut être administré par un laïque et même par une femme, de même le mariage est administré à chacun des époux par l'autre. L'Église, sans doute, recommanda à ses fidèles de faire bénir leur union par le prêtre ; elle considéra comme un péché le fait de ne point obéir à cette prescription (2). Mais le mariage, même clandestin, n'en fut pas moins reconnu valable. Saint Thomas d'Aquin formule cette règle en termes précis : *Dicendum quod verba exprimentia consensum de præsentia sint forma hujus sacramenti, non autem sacerdotalis benedictio, quæ non est de necessitate, sed de solemnitate*. Un glossateur normand du x^v^e siècle, cité par M. Viollet, s'exprime ainsi : « Les solemnitez que on fait à l'Église ne servent, synon pour confirmer et nottifier ce que les époux ont fait. Et aussi se ung homme et une femme fiançaient l'un l'autre par parolles

(1) *Genèse*, cap. 2, v. 18 et suiv.

(2) Concile d'Arles (xiii^e siècle).

de présent, ja soit ce qu'il n'y eust point eu de couple charnel entre eulx, ne autres espousailles faictes, si sont ilz tenuz et reputez dès lors pour mariez, et le mariage fait (1) ».

A côté de ces fiançailles par paroles de présent (*per verba de præsenti*), qui se confondent avec le mariage même, les canonistes reconnaissaient les fiançailles par paroles de futur (*per verba de futuro*). Tandis que les premières consistaient en une convention par laquelle un homme et une femme déclaraient se prendre réciproquement pour époux, et se formulaient généralement ainsi : « Je vous prends à époux ; je vous prends à épouse », les secondes constituaient de simples promesses de mariage, et se formulaient de la manière suivante : « Je vous prendrai à époux ; je vous prendrai à épouse. » Ces fiançailles ne se confondaient donc point avec le mariage. Mais lorsque, à ces promesses, le fait de l'établissement de la vie commune venait se joindre, on y voyait leur exécution et le mariage était valable. En effet, en présence de la difficulté de la preuve pour des mariages non publiquement célébrés, on avait été amené à reconnaître des « mariages présumés » dont l'existence n'était révélée que par des signes extérieurs, et notamment par la possession d'état.

(1) Grande Glose sur le chapitre de la Coutume de Normandie intitulé d'*Empeschemens de succession*, rapporté par M. VIOLLET, *Histoire du Droit français*, *Droit privé*, p. 465.

Voir également *Li livres de Jostice et de Plet*, livre X, ch. I. De espousailles et de mariage, § 1 : « Note que..... sollempnité n'est pas de la substance do mariage. »

La preuve du mariage était, en général, facilitée par les cérémonies qui, de tout temps, l'accompagnaient ou par les fiançailles qui le précédaient. Les usages romains ne disparurent pas de suite. Et, d'ailleurs, les coutumes germaniques n'ignoraient pas ces solennités, que le Christianisme lui-même retrouvait dans la Bible.

Chez les Hébreux, en effet, il ne peut pas y avoir de mariage sans qu'il y aie eu des fiançailles préalables, et même celles-ci se confondent en quelque sorte avec le mariage à tel point que, postérieurement aux fiançailles, la femme qui se livrerait à un autre homme serait passible des peines de l'adultère. Les fiançailles sont d'ailleurs solennelles : elles s'opèrent par la remise et l'acceptation du symbole. Le symbole consiste dans le don fait par le mari à la femme d'une monnaie ou d'un objet, généralement un anneau, ayant une valeur quelconque, mais égale au moins au poids en argent pur de la moitié d'un grain d'orge. La remise du symbole a lieu en présence de deux témoins, dont aucun ne doit être parent de l'un des contractants. Les paroles qui accompagnent la remise du symbole n'ont pas un caractère sacramentel, mais il est d'usage que le mari dise : « Voici que tu es réservée exclusivement à moi, selon la loi de Moïse et d'Israël, moyennant cet anneau, cette monnaie..... » Le symbole serait nul s'il était donné par la femme, mais, s'il est remis par le mari, les paroles peuvent être prononcées par elle.

La preuve du mariage résultera, dans ce cas, de l'attestation des deux témoins.

Le symbole peut aussi être remis par écrit ; auquel cas l'acte devra mentionner le nom des contractants, être établi au nom de la femme et lui être remis en présence de deux témoins.

Bien plus, le symbole est présumé remis quand il y a cohabitation ; la possession d'état suffit pour assurer à l'homme et à la femme la qualité et les droits d'époux. Cette possession d'état résulte d'une vie commune de trente jours. Cette coutume a son origine dans le *Deutéronome* : « Si vous voyez parmi les prisonniers de guerre, y est-il dit, une femme qui soit belle, que vous conceviez pour elle de l'affection, et que vous vouliez l'épouser, vous la ferez entrer dans votre maison, vous dormirez avec elle, et elle sera votre femme. »

Il est facile de se rendre compte que, si le symbole remis verbalement ou par écrit est une survivance de l'antique achat de la femme, la possession d'état se rattache à la conquête ou à l'enlèvement.

Outre la remise du symbole, avant le mariage, l'homme doit assurer l'avenir de la femme en lui constituant un dot par contrat. Ce contrat peut être verbal, mais bien plus généralement il est écrit. Cette dot est obligatoire pour la validité du mariage et sa valeur est fixée.

Les cérémonies nuptiales proprement dites diffèrent aujourd'hui de ce qu'elles furent dans l'anti-

quité. Chez les anciens Hébreux, elles ne constituaient qu'une cérémonie de famille ; le père donnait aux époux sa bénédiction. Puis commençaient des fêtes qui duraient sept jours, lorsque la mariée était fille, et trois jours, lorsqu'elle était divorcée ou veuve. Au bout de ce temps, la femme était menée en grande pompe au domicile de son mari.

Ces cérémonies du mariage hébraïque se retrouvent, à peu près identiques, chez les Germains où elles dérivent également de l'achat de la femme. Les fiançailles étaient nécessaires à la validité du mariage, de même que la constitution d'une dot.

Le prix de l'achat, d'abord réel, devint symbolique et fut fixé à treize deniers. Enfin, tous les actes avaient lieu en présence de témoins.

Le Christianisme devait tout naturellement se souvenir de ces traditions. Les empereurs byzantins, s'inspirant de l'usage des présents faits avant le mariage par le mari à la femme, et qui constituait une survivance du régime de l'achat de la femme, réglèrent la *donatio ante nuptias* ou *propter nuptias* qui devint alors d'un usage général. Mais, ni les fiançailles, ni cette donation ne se confondaient avec le mariage qui continuait à ne dépendre que de la seule volonté des époux (1).

Plus tard, les fiançailles tendirent, comme chez

(1) C. V, IV. *De nuptiis*, 22.

les anciens Germains et chez les Hébreux, à devenir inséparables du mariage au moins dans l'usage. Elles résultaient d'un baiser ou *oscle* (*osculum*) accompagné d'une donation, et de la remise d'un anneau ou d'une pièce d'argent.

Au xii^e siècle, une certaine publicité fut assurée à la célébration du mariage par les bans, ou dénonciation du projet de mariage, faite au prône de la messe paroissiale, avec indication du nom des futurs époux et commandement aux tiers de révéler les empêchements qu'ils sauraient exister. Cette publication suppléait à l'absence des enquêtes que les Capitulaires avaient vainement prescrites. Elle fut réglementée et rendue obligatoire par le IV^e Concile de Latran, en 1215 (1). Mais les décisions de ce Concile ne furent pas obéies, au moins dans beaucoup de régions. D'ailleurs, les mariages clandestins demeuraient valables, s'ils n'étaient pas entachés d'un autre vice, et les époux conservaient la faculté d'accomplir les formalités dont ils s'étaient d'abord abstenus.

La preuve du mariage demeura donc fort incertaine jusqu'au xvi^e siècle. On ne se contentait pas, il est vrai, de l'aveu de deux personnes quand l'une ou l'autre se trouvait avoir contracté une autre union régulièrement établie, et on admit comme règle l'adage : *Clandestinum matrimonium manifesto non præju-*

(1) Concile de Latran, Canon 51.

dicat. La preuve ordinaire consistait en un acte reçu par devant notaire et constatant la prononciation des paroles de présent, ou en un acte sous-seings privés certifié par trois témoins. A défaut de preuve écrite, la preuve testimoniale était permise (1) : elle s'établissait par deux témoins parents ou non (2) qui attestaient qu'ils avaient assisté à la prononciation des engagements réciproques ou à la célébration du mariage *in facie Ecclesiæ*. Enfin, on pouvait encore prouver le mariage au moyen de la possession d'État, ou même d'un seul de ses éléments, comme le fait de la vie commune, la *copula carnalis*, succédant aux paroles de futur (3).

Le Concile de Trente marque une date fort importante dans l'histoire du mariage, qui, de purement consensuel, est transformé en contrat solennel et qui tend, de plus en plus, à se séculariser.

La Réforme combattait violemment le caractère de sacrement reconnu jusqu'alors au mariage. Le Concile,

(1) [*Li Livres de Jostice et de Plet*, l. X, chap. I. Des esposailles et de mariage, § 7. « Note que en cause de mariage doit l'en et pot l'en tesmoinz recevoir ». — § 10. «..... et por ce que l'esposaille fut provée par garenz. »

Arrêt du Parlement de Paris du 15 février 1552 rapporté par DANTY, *Traité de la Preuve par témoins*, 6^e édition, I^{re} partie, additions au chapitre IV, p. 133.

(2) *Coutume d'Anjou et du Maine*, par BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, t. II, F, titre IX. Des tesmoings, N^o 551. p. 207. «..... Mais le père serait reçu en la cause de son filz et le filz en la cause de son père pour assembler ou despartuir mariaige..... » (1437).

La Pratique de Masuer, titre XVII, n^o 44. « S'il était question de conjonction ou séparation de mariage, le témoignage des parents est préféré aux autres. » Voir également titre XVI n^o 46.

(3) *Li Livres de Jostice et de Plet*. — Livre X, chapitre I, Des esposailles et de Mariage, § 30.

dans un décret rendu le 11 novembre 1563, proclama à nouveau, en sanctionnant cette affirmation par l'anathème, que le mariage est un sacrement, bien que le prêtre ne l'administre pas lui-même (1). Cette proclamation fut appuyée d'une discussion doctrinale destinée à détruire les critiques des adhérents de la religion réformée. Enfin le Concile affirma également la compétence des juridictions ecclésiastiques pour les causes matrimoniales.

Malgré cette solennelle affirmation de principes, le Concile avait été ému des critiques justifiées des protestants et aussi d'un très grand nombre de catholiques contre les mariages clandestins que des enfants contractaient parfois à l'insu de leurs parents. Pourtant l'Eglise s'était toujours montrée extrêmement favorable à la validité du mariage (2); il lui était impossible de faire dépendre ce sacrement, qui relève essentiellement de la conscience des époux, de volontés autres que les leurs (3). La discussion fut longue, mais elle a abouti au fond à reconnaître que le mariage ne saurait être valablement contracté sans les formalités requises.

Tout d'abord, les publications antérieures au mariage furent réglementées. Le projet de mariage dut être annoncé à l'Eglise paroissiale à trois jours de fêtes

(1) Session XXIV, *De sacramento matrimonii*, c. 1.

(2) *Décrétales de Grégoire IX*, IV, V, 6.

(3) Session XXIV, c. 1. — Voir M. ESMEIN. *Le Mariage en droit canonique*, t. I, p. 85 et suiv.

ou dimanches consécutifs, par le curé de chacune des parties lorsqu'elles appartiennent à des paroisses différentes. Mais des dispenses peuvent être accordées pour la deuxième et la troisième publication.

Quant à la célébration même du mariage, elle doit avoir lieu *in facie Ecclesiæ*. A peine de nullité, le mariage doit être reçu par le propre curé (*proprius parochus*) de l'une des parties, ou d'un prêtre désigné soit par lui, soit par l'« ordinaire », en présence de deux ou trois témoins. Il ne suffit donc plus que le mariage ait été célébré à l'église, il faut qu'il l'ait été par un prêtre compétent. La compétence du prêtre est d'ailleurs personnelle et non territoriale quant à lui, mais est déterminée soit par le domicile réel des époux, soit par l'habitation, si celle-ci peut se prolonger pendant un certain temps. Toutefois, et bien que sa présence soit désormais nécessaire, le prêtre continue à n'avoir d'autre rôle que celui de témoin. Il se borne à interroger les époux et à s'assurer ainsi de leurs consentements réciproques ; puis, il les déclare unis par le mariage *in nomine Patris, et Filii, et Spiritus Sancti*, et leur donne la bénédiction nuptiale. Comme il n'est que témoin, s'il avait omis d'interroger, de déclarer le mariage contracté et de le bénir, ce mariage n'en demeurerait pas moins valable. Quant aux témoins qui l'assistent, nulle condition d'âge, de parenté ou d'affinité temporelle ou spirituelle, de religion ou de sexe ne leur est imposée ; il suffit qu'ils soient capables de

comprendre l'acte auquel ils assistent et d'en rapporter témoignage.

Enfin, le curé doit, d'après une décision du Concile dont la portée est considérable, tenir registre des mariages et y inscrire les noms des parties et des témoins, la date et le lieu de la célébration. Ces registres seront considérés comme faisant preuve complète du mariage (1). Toutefois, la preuve du mariage continue à pouvoir être établie d'après les modes anciennement reconnus.

Tels étaient les principes fondamentaux posés en cette matière par le Concile de Trente.

La royauté, en France, n'avait pas reçu les décrets du Concile de Trente (2). Elle y suppléa par des ordonnances inspirées par les décisions du Concile, et principalement par l'Ordonnance de Blois de 1579 (3).

Les publications furent rendues obligatoires dans la législation civile par l'article 40 de l'ordonnance de Blois : « Pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandestins, avons ordonné que nos sujets ne pourront valablement contracter mariage sans proclamation précédente des bans, faite par trois divers jours de fête, avec intervalle compétent. » Comme le but de

(1) Session xxiv^e, *De reform. matrim.* c. 1, 2.

(2) Arrêt de 1576 validant un mariage contracté hors la présence d'un prêtre, cité par M. BEAUCHET, *Nouvelle Revue Historique*, 1882.

(3) LOUET [*Arrêts notables*, lettre M. chap. 26.] rapportant un arrêt du 2 février 1606 (sieur Desportes-Beuilliers) conforme à l'ordonnance de Blois, dit : « *Novā quadam jurisprudentiā..... matrimonia ex carnali copulā non præsuntur, sed benedictione sacerdotali probantur* ».

ces publications était d'empêcher les mariages clandestins, malgré les termes de l'ordonnance, on décidait que le mariage non précédé des publications préalables n'était pas entaché de nullité, pourvu que sa publicité pût être autrement démontrée (1). Dans le cas contraire, l'union était considérée comme clandestine. Or, notre ancien droit civil se montrait fort rigoureux pour les mariages clandestins, ces mariages étant non seulement secrets, mais encore contractés sans le consentement des parents. Sur ce point, il y avait opposition très nette entre les principes de liberté rappelés par le Concile de Trente, qui avaient toujours été ceux de l'Église, et les tendances prohibitives de la législation civile. Les peines du rapt de séduction frappaient parfois les mineurs de 25 ans qui n'avaient pas requis le consentement de leurs parents. L'ordonnance du 22 novembre 1730, article 2, rappelant les termes de l'ordonnance de Blois (art. 42) s'exprime ainsi : « Voulons que ceux ou celles qui sont convaincus du dit rapt de séduction soient condamnés à la peine de mort, sans qu'il puisse être ordonné qu'ils subiront cette peine s'ils n'aiment mieux épouser la personne ravie, ni pareillement que les juges puissent permettre la célébration du mariage avant ou après

(1) L'exercice de l'action en nullité était cependant refusé aux collatéraux ; en ce sens l'arrêt du Parlement de Paris du 14 août 1777 (mariage du sieur Cardon d'Ouvries) déboutant un collatéral de son appel comme d'abus fondé : sur la célébration en pays étranger, l'opposition de la part de la mère du mari, le défaut de présence du curé des deux contractants, le défaut de publication de bans, le défaut de signature de l'acte de célébration. — GUYOT. Répertoire, t. XI, v^o Mariage, p. 370.

la condamnation, pour exempter l'accusé de la peine prononcée par les ordonnances, ce qui aura lieu quand même la personne ravie et ses père ou mère, tuteur ou curateur, requerraient expressément le mariage. » Contre ces mariages clandestins, c'est-à-dire conclus sans les consentements des parents, d'autres sanctions existaient. Une ordonnance de février 1556, confirmée par l'ordonnance de Blois, avait décidé que les fils mineurs de 30 ans et les filles mineures de 25 ans pourraient être exhérédés par leurs parents et que les donations pourraient être révoquées. L'ordonnance de novembre 1639 alla plus loin : les enfants mineurs de 25 ans, qui s'étaient irrégulièrement mariés, furent déclarés « indignes et incapables à jamais des successions de leurs pères, mères et aïeuls, et de toutes autres directes et collatérales ». Même lorsque les époux n'avaient point à requérir le consentement de leurs parents, l'union clandestine était privée de ses effets civils. En outre, des peines canoniques pouvaient être prononcées par l'official, ainsi que des amendes par le juge séculier, contre le prêtre qui avait procédé à la célébration du mariage sans un certificat des publications ou de la dispense des publications accordée par l'autorité ecclésiastique. L'Ordonnance de Blois admet que des dispenses peuvent être accordées pour les deux dernières publications « pour quelque urgente et légitime cause, et à la réquisition des principaux et plus proches parents des parties contractantes ».

Quant aux publications, l'Ordonnance de Blois suivit, en principe, les règles du décret du Concile de Trente. Lorsque les parties étaient mineures, les bans devaient être publiés, non seulement à leurs propres domiciles ou résidences, mais encore au domicile de leurs père, mère, tuteur ou curateur.

Le but de ces publications était de provoquer l'opposition qui appartenait soit aux personnes qui avaient contracté mariage ou fiançailles avec l'un des futurs époux, soit à celles qui ont avec eux un lieu de parenté ou des droits d'autorité reconnus. L'opposition était signifiée au curé qui, faute d'y avoir égard, pouvait être condamné à une peine de trois ans de suspension prononcée par l'official, et, en outre, à des dommages-intérêts par le juge séculier. Mais, dans ce cas, le mariage n'était pas atteint de nullité.

La célébration du mariage avait été également réglementée par l'Ordonnance de Blois. Aux termes de l'article 40 de cette ordonnance, le mariage devait être célébré publiquement, en présence de quatre témoins, tandis que le Concile de Trente s'était contenté de deux témoins.

Néanmoins, même après l'Ordonnance de Blois, l'usage des mariages conclus par devant notaires ne disparut pas entièrement, en dépit des efforts constants de la royauté, de ses légistes et de ses magistrats (1).

(1) Ainsi un arrêt de règlement du 5 septembre 1680 fit défense à tous

A l'époque de la Fronde, le doyen des maîtres des requêtes, nommé *Gaumin* ou *Gaulmin*, se maria par simple contrat notarié qui fut ensuite signifié au curé. D'autres mariages furent célébrés de la sorte ; on leur donna le nom de *mariage à la Gaumine* (1). Cependant une déclaration de 1639, interprétant l'Ordonnance de Blois, avait décidé que « à la célébration du mariage assisteraient quatre témoins, avec le curé qui recevra le consentement des parties et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'Église ». La présence du curé n'était cependant pas requise à peine de nullité du mariage (2). L'ordonnance de 1697, rendue par Louis XIV, rendit cette présence obligatoire : « Voulons, y est-il dit, que les ordonnances des Rois, nos prédécesseurs, concernant la célébration des mariages, et notamment celles qui regardent la nécessité de la présence du propre curé de ceux qui le contractent, soient exactement observées. » A partir de cette époque, le curé cessa de remplir le simple rôle de témoin ; il dut donner aux époux la bénédiction nup-

notaires, à peine d'interdiction, de recevoir à l'avenir aucun acte par lequel deux personnes déclarent qu'elles se prennent pour mari et femme, après refus des archevêques, évêques, etc.... — DENISART, t. II, v^o Mariage.

(1) Un arrêt du 20 décembre 1688 annula un mariage reçu par un notaire en l'église et en présence du curé. Cf. Arrêt de la Tournelle Criminelle du 28 mai 1712. — CLAUDE DE FERRIÈRE. *Nouvelle Introduction à la pratique ou dictionnaire des termes de pratique, de droit, etc...* t. II, Mariage, p. 254.

(2) En ce sens, arrêt du 4 février 1576, rendu par la 5^e Chambre des Enquêtes, validant un mariage contracté pardevant notaires par paroles du présent. — LOUET. *Arrêts notables*, t. II, p. 50.

tiale (1). S'il s'y refusait, les parties pouvaient se pourvoir devant l'officiel pour l'y contraindre.

Le Concile de Trente avait exigé que le mariage fût célébré devant le curé compétent. Ces règles furent précisées par l'Edit de mars 1697. En principe, le curé compétent est celui de la résidence habituelle de l'un des conjoints. En cas de changement de résidence, le curé du lieu de la dernière demeure n'acquiert compétence que si la partie y a habité six mois, lorsqu'elle vient du même diocèse, ou un an, lorsqu'elle vient d'un autre diocèse. Si les époux sont de deux paroisses différentes, l'un des deux curés ne peut procéder à la célébration du mariage sans l'assistance ou le consentement de l'autre. Si l'un ou l'autre est mineur, le curé compétent est celui du domicile ou résidence des père ou mère, tuteur ou curateur, même si le mineur a un domicile ou résidence séparé. L'Évêque a compétence dans tout le diocèse, de même que le curé qui a reçu la permission de son évêque.

Le mariage célébré par un prêtre incompetent est nul, et donne lieu contre lui à l'application des peines énumérées par l'édit de 1697. La nullité d'un tel mariage

(1) La bénédiction du prêtre est absolument nécessaire pour la validité du mariage. Arrêt du 16 juin 1674.

Cf. Arrêts des 23 juillet 1662, 27 janvier 1663 (de la Tournelle) et du 11 août 1673.

Dictionnaire des Arrêts, par JACQUES BRILLON. T. IV, v^o Mariage (Bénédiction nuptiale), p. 269.

est absolue, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être confirmée par une célébration régulière (1).

L'Ordonnance de Blois ne s'était pas bornée à adopter, en les précisant et en les compliquant, les décrets du Concile de Trente relatifs aux publications et à la célébration du mariage, elle avait, en outre, ordonné que les curés seraient astreints à tenir registre des mariages célébrés par eux (art. 181).

A vrai dire, ces registres de mariage sont antérieurs au Concile de Trente. Dans de nombreuses paroisses, les curés avaient très anciennement inscrit sur des registres les baptêmes, les décès et les mariages. Mais, tandis que les registres de baptêmes répondaient à la louable préoccupation d'assurer l'observation des prescriptions du droit canon, en permettant de connaître les généalogies et d'empêcher ainsi le mariage de personnes ayant entre elles un lien de consanguinité, d'affinité ou de parenté spirituelle, les registres des décès et des mariages furent d'abord tenus contrairement aux règles canoniques. En effet, il était formellement interdit

(1) La jurisprudence n'accordait cependant l'action en nullité de mariage pour incompétence du prêtre qu'aux ascendants [arrêts des 17 février 1724 (arrêt Le Febvre) — 16 mars 1725 (arrêt Charpentier) — 24 avril 1739 (s^r de Marbœuf c. demoiselle de Chatillon). — Du 29 décembre 1781 (s^r Giraud c. d^{lle} Sialéty), conclusions de l'avocat-général Séguier] ; elle refusait aux contractants le droit de l'opposer [arrêts du Parlement de Paris : des 29 août 1682 (Chevalier de Rieulx) sur les conclusions de l'avocat-général de Lamoignon. — 17 juin 1638 (arrêt Hersant). — 1707 (Arrêt Guillaume Julien) — 1729 (arrêt Pommier). — 29 juillet 1731 (Arrêt Duclos). — 13 mars 1760 (Arrêt Thomas Alibert). — Une jurisprudence ancienne et bien établie refusait également cette action aux collatéraux, lorsqu'il y avait eu une possession d'état publique [Parlement de Paris : arrêts du 11 mars 1662, du 10 mars 1763 (arrêt Delorme), conclusions de l'avocat-général Séguier et notamment l'arrêt du 14 août 1777 (Cardon d'Ouvries), cité p. 23, note 1.]

GUYOT, Répertoire, t. XI, v^o Mariage, p. 365 et suiv.

aux curés de réclamer aucune rémunération pour l'administration des sacrements, ainsi que pour la sépulture des fidèles. Le Concile de Bourges, tenu en 1031, l'avait formellement proclamé dans son canon 12: *Nullus pretium pro baptismo, neque pro pœnitentia danda, neque pro sepultura accipiat, nisi quod fideles sponte dare vel offere voluerint*. Et cette décision avait été reproduite dans un très grand nombre de Conciles postérieurs. Mais, malgré ces défenses formelles et réitérées, l'abus des dons en nature, puis en argent, se généralisa, et ces dons volontaires ne tardèrent pas à être considérés comme des dettes. Ces prétendues dettes n'étaient pas toujours payées immédiatement, les curés furent amenés à tenir des livres de compte où ils inscrivaient les noms de leurs débiteurs. Un registre de ce genre, datant de 1378, a été trouvé en Bourgogne, et on possède également en copie une série de notes relatives à ces dettes et remontant aux premières années du xv^e siècle (1). Sans doute ces registres étaient fort incomplets, puisqu'ils ne se référaient qu'aux décès et aux mariages dont les frais n'avaient point été acquittés sur le champ, mais ils établissaient le principe dont devaient dériver nos registres de l'état civil.

Jusqu'au xvi^e siècle, la royauté ne s'était nullement préoccupée de ces registres des paroisses. Mais,

(1) Voir HAROLD DE FONTENAY. *Recherches sur les actes de l'état civil aux XIV^e et XV^e siècles*, dans la Bibliothèque de l'Ecole des Chartes, 6^e série, t. V, pp. 546 et 547.

dès 1539, François I^{er} ordonnait la tenue de registres de décès et de registres de baptêmes ; le Concile de Trente, ainsi que nous l'avons vu, avait ordonné la tenue non seulement de registres de baptêmes, mais encore de registres de mariages. A sa suite, l'ordonnance de Blois s'occupa de ces registres. Chaque année, ils devaient être apportés par les curés ou vicaires aux greffes royaux, et ceux-ci devaient affirmer devant justice que ces registres rapportaient fidèlement la vérité.

Depuis lors de très nombreuses ordonnances réglementèrent la tenue de ces registres (notamment les ordonnances de 1667, 1736 et 1782).

Même après l'Ordonnance de Blois, la preuve testimoniale restait admise, mais la jurisprudence, arguant de ce que le sort d'un acte aussi important que le mariage ne pouvait être subordonné aux attestations de témoins, qui pouvaient être corrompus, et se basant sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, qui excluait la preuve testimoniale dans toutes les causes excédant cent livres, prohiba ce genre de preuve dans la plupart des cas et elle finit même par en défendre toujours l'emploi (1). L'ordonnance du 15 janvier 1629 (art. 40) exigeait une preuve écrite ; elle n'en dispensait que les paysans ou les gens de basse condition dont le mariage pouvait être établi par six témoins, choisis

(1) DANTY (*Traité de la preuve par témoins*, I^{re} partie, Chap. IV et additions) critique cette jurisprudence.

parmi les plus proches parents des parties, mais cette ordonnance (Code Michaud) ne fut pas enregistrée par la plupart des parlements. L'exception ainsi proposée ne fut pas reprise par la déclaration du 26 novembre 1639 (art 7) et par l'ordonnance de 1667 (1), et les registres furent seuls admis en preuve, sauf à y suppléer au cas d'irrégularités ou d'omission des mentions portées sur ces registres, ou encore de perte d'un de ceux-ci.

On conçoit qu'avec une telle législation, le rôle de la possession d'état, en tant que moyen de preuve, était à peu près nul. Ce qu'il fallait établir (et en principe au moyen des registres) c'était la publicité de l'acte de célébration. Tout au plus la possession d'état pouvait-elle empêcher un mariage dont la célébration, bien que régulière, avait été tenue cachée d'être considéré comme mariage secret. Ces mariages étaient ceux que les époux avaient tenus cachés durant leur vie. Ils se distinguaient des mariages clandestins en ce que leur célébration avait été conforme aux règles légales. Le secret dont ils étaient entourés provenait donc du genre d'existence des époux, joint à la dispense des bans et à la discrétion du curé et des témoins. Le droit canonique les considérait comme valables, et, pour permettre à de telles unions de produire leurs effets, une Bulle du Pape Benoit XIV, en 1741, avait instauré une procédure destinée à assurer la preuve de leur célébration

(1) Titre XX, article 7.

et la légitimité des enfants qui en étaient nés. Mais le droit civil s'était montré plus rigoureux que le droit canonique, et l'ordonnance de 1639 avait refusé l'entière validité à ces unions « contraires au respect dû à un aussi grand sacrement » que le mariage, et qui « ressentient plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage » (1) Ces unions n'étaient point cependant entachées d'une nullité totale ; elles ne produisaient aucun des effets que l'on peut qualifier de civils, au sens strict du mot, c'est-à-dire qu'elles ne donnaient aux époux non plus qu'aux enfants issus de ces mariages, aucun droit de famille, de succession, de douaire ou de légitime. Mais les effets purement naturels du mariage subsistaient : les enfants étaient considérés comme légitimes et non comme bâtards (2). La possession d'état jouait donc sur ce point un rôle fort important, puisque, selon qu'elle existait ou non, les effets civils du mariage se réalisaient ou ne se produisaient pas.

La possession d'état au regard de la famille jouait en outre un rôle important comme mode de confirmation d'un mariage nul (3). C'est ainsi que, dans le cas

(1) Le Parlement de Paris, par arrêt du 22 août 1768, déclara non recevable la demande en privation d'effets civils du mariage du Chevalier de Flavigny, parce que celui-ci avait chargé à son lit de mort son confesseur d'en instruire sa famille. — GUYOT, *Répertoire*, t. XI, V^o Mariage, p. 371.

(2) COTTEREAU. *Droit général de la France*, t. II. l. I, du mariage n^o 7729. — POTHIER, *Du contrat de mariage*, n^o 436. — CLAUDE DE FERRIÈRE, *Dictionnaire des termes*, t. II, V^o Mariage, p. 263.

(3) Ainsi un mariage contracté par un mineur sans l'assistance de son tuteur est considéré comme validé par une possession d'état de trois ans,

défaut de consentement des parents, la royauté permit de restituer aux mariages nuls pour cette cause tous les effets d'un mariage valable dès l'origine. Ce défaut de consentement des parents ne donnait plus ouverture à l'action en nullité, lorsque ceux-ci avaient depuis tacitement consenti au mariage (1), par exemple lorsqu'ils avaient été parrain ou marraine d'un enfant issu du mariage. Mais il fallait un acte extérieur manifestant cette volonté, le silence n'eût pas suffi. Et même cet acte devait intervenir à une époque où les parents jouissaient de l'entier exercice de leurs intelligences et de leurs volontés : la bénédiction nuptiale accordée par le père ou par la mère à son lit de mort était inopérante.

Jusqu'à la veille de la Révolution, le clergé conserva en matière matrimoniale des droits de juridiction, de plus en plus restreints il est vrai, et fut seul chargé de tenir les registres où les unions régulières étaient inscrites.

Mais la sécularisation du mariage était sans cesse réclamée par les juristes, qui démontraient que le sacrement et le contrat sont distincts par nature :

Arrêt du 17 juin 1638. — Il y a d'autres arrêts de 1707 (JULIEN), 1727 (POMMIER) et du 13 mars 1760 (THOMAS ALIBERT).

GUYOT, *Répertoire*, t. XI, V^e Mariage, p. 365 et suiv.

(1) Arrêt du Parlement de Rouen du 9 juillet 1753. — Arrêt du Parlement de Paris du 10 mars 1763, qui valida le mariage de Jacques Delorme contracté sans le consentement de sa mère, en se fondant sur une possession d'état de plus de 25 ans et sur ce que la mère de Delorme l'avait reçu chez elle, avec sa femme, après avoir appris leur mariage. — GUYOT, *Répertoire*, t. XI, V^e Mariage, pp. 365 et 370.

« Il y a deux choses dans le mariage, écrivait Pothier (1) : le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement qui est ajouté au contrat civil, et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière. — Je conviens que le mariage, en tant qu'il est sacrement, est quelque chose de spirituel, et n'est point du ressort de la puissance séculière ; c'est pourquoi les princes ne peuvent pas faire des lois sur le mariage, en tant qu'il est sacrement..... Mais si le mariage est sacrement et, sous ce respect, du ressort de la puissance ecclésiastique, il est aussi contrat civil ; et comme contrat civil, il appartient à l'ordre politique, et il est en conséquence sujet aux lois de la puissance séculière. La qualité de sacrement qui survient à ce contrat, mais qui en suppose la préexistence, ne soustrait pas ce contrat aux droits qu'a la puissance séculière de régler les contrats, et tout ce qui est de l'ordre politique ; car Jésus-Christ, en instituant les sacrements, et en publiant son évangile, n'a pas entendu diminuer ni altérer en rien les droits de cette puissance séculière, qu'il a déclarée établie de Dieu, et à laquelle il a voulu lui-même être soumis en tant qu'homme, pendant tout le temps qu'il a été sur la terre. »

D'autre part, on faisait observer que la confusion du mariage et du sacrement avait pour effet de contraindre les protestants, depuis l'Ordonnance de Blois

(1) POTHIER. *Traité du contrat de mariage*, n° 15.

et surtout depuis la révocation de l'Edit de Nantes, à contracter leurs unions devant le ministre d'un culte qu'ils ne professaient pas et de commettre le sacrilège d'une conversion simulée pour célébrer leurs mariages *in facie Ecclesiæ*, et éviter à leurs enfants les déchéances attachées à la bâtardise (1).

Le premier acte législatif dans le sens de la sécularisation fut le célèbre édit du 28 novembre 1787, grâce auquel ceux qui ne voulurent plus se marier devant un curé catholique furent autorisés à le faire devant le premier officier de la justice du lieu.

Cette grande réforme était alors universellement réclamée. En Autriche, Joseph II, dans une lettre patente de 1783, se prononçait également en ce sens : « Le mariage en soi, considéré comme contrat civil, ainsi que les droits et obligations qui naissent de ce contrat et appartiennent aux contractants l'un envers l'autre, reçoivent leur essence, leur force et leur détermination des lois de notre Etat : le jugement des contestations, qui peuvent naître à ce sujet, appartient aux tribunaux de notre Etat. »

L'Assemblée Constituante, dès le début de la Révo-

(1) Cependant la jurisprudence de certains Parlements ne permettait pas de contester aux enfants issus de protestants mariés *au désert* leur droit à la succession de leurs parents.

Voir notamment des arrêts du Parlement de Normandie des 26 juin 1760 et 14 août 1769 dans Guxor, *Répertoire*, t. XV, V^o Religionnaires, p. 107, § 6.

En sens contraire, Arrêt de la Grand'Chambre du Parlement de Paris du 21 août 1725.

MATHIEU AUGEARD. *Arrêts notables*, t. II, p. 805.

lution, proclama la liberté des cultes, et par voie de conséquence la Constitution du 3 septembre 1791 (Titre II, article 7), déclara que « la loi ne considère le mariage que comme contrat purement civil. — Le pouvoir législatif établira, pour tous les habitants sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès [seront constatés, et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. »

Dès avant que la loi ainsi promise eût été promulguée, l'article 7 de la Constitution de 1791 reçut son application. La Constitution civile du clergé des 12-24 juillet-24 août 1790 avait créé pour les catholiques orthodoxes une situation semblable à celle des protestants avant l'édit de 1787. Tous les prêtres assermentés étaient, à leurs yeux, des schismatiques et ils ne pouvaient se marier devant eux. Or ces curés seuls avaient qualité pour procéder à la célébration des mariages. La Constitution de 1791 parut leur permettre de régulariser leurs unions sans recourir au ministère des membres du clergé reconnu par l'Etat. Ils s'adressèrent donc à un officier public et contractèrent des mariages, sans valeur vis-à-vis de leurs consciences, mais qu'ils se réservaient de faire régulariser ultérieurement au moyen d'une nouvelle célébration pardevant leur pasteur légitime. Les mariages ainsi contractés par les catholiques orthodoxes avant la loi de 1792, furent ensuite déclarés valables, au point de vue religieux, par la *sanctio matrimonii* que la Papauté leur accorda en

considération du consentement qui y avait présidé, et au point de vue civil par l'article 9 du titre IV de la loi du 20 septembre 1792, ainsi conçu : « Si, antérieurement à la publication de la présente loi, quelques personnes s'étaient mariées devant des officiers civils, elles seront tenues de venir, dans la huitaine, déclarer leur mariage devant l'officier de la municipalité de leur domicile, lequel en dressera acte sur les registres, aux formes ci-dessus prescrites. »

La loi du 20 septembre 1792, qui déterminait le mode de constatation de l'état civil des citoyens, régla, par son titre IV, le mariage considéré comme contrat purement civil. Une première section fut consacrée aux conditions de validité du mariage, la seconde aux publications qui devaient le précéder, la troisième au droit d'opposition reconnu à certaines personnes, et la quatrième aux formes suivant lesquelles il dut être procédé au mariage dans la maison commune pardevant l'officier public de la municipalité, sans aucune intervention ecclésiastique.

Le principe de la sécularisation ne fut même point discuté lors de la rédaction du Code civil et une disposition qui le consacrait en ces termes : « la loi ne considère le mariage que sous les rapports civils », fut supprimée comme inutile. Les époux restaient libres cependant de faire célébrer leurs unions d'après les rites de leurs cultes.

Le Code pénal alla plus loin et interdit aux mi-

nistres des diverses confessions de procéder à la célébration du mariage religieux avant d'avoir la preuve que l'officier d'état civil avait déclaré les époux unis au nom de la loi (art. 199 et 200 Code pénal), ce qui marque bien que la loi ne connaît plus d'autre mariage que celui qui a été régularisé par l'intervention du représentant du pouvoir civil.

Aujourd'hui les deux traits principaux du mariage en France sont la sécularisation et le formalisme. Ce dernier est battu en brèche par de nombreux auteurs, et la loi récente du 21 juin 1907 a apporté d'utiles améliorations à cet égard.

La plupart des législations étrangères ont admis également ces deux principes.

D'une part, si l'on en excepte les pays hors chrétienté, il n'y a guère que la Russie et la Serbie où le mariage ne puisse être contracté que sous la forme religieuse. Ailleurs, le mariage civil existe. Dans quelques pays il joue simplement le rôle de complément obligé de la cérémonie religieuse (Espagne, Ecosse, Grèce et Pérou), dans d'autres il n'est qu'un mode facultatif laissé à la volonté des époux (Angleterre, Autriche, Danemarck, Etats-Unis, Norvège, Portugal et Suède).

D'autre part, presque tous les états ont admis que le mariage ne pouvait être valablement célébré que par un officier public compétent et ne pouvait être constaté que par une inscription opérée sur un registre par les soins de cet officier.

Dans ces conditions, la possession d'état ne peut plus être admise comme preuve du mariage que d'une façon accessoire, lorsque l'acte de célébration ne peut être représenté, ou d'une façon complémentaire, lorsque cet acte, bien que représenté, contient des omissions et des lacunes.

PLAN

La possession d'état résulte de l'exercice extérieur des droits attachés à cet état, et, spécialement, la possession d'état d'époux légitimes consiste dans l'exercice des droits dérivant du mariage, manifesté par la situation extérieure de deux personnes vivant maritalement.

Cette situation est caractérisée, d'après une analyse devenue classique, par trois faits principaux. Il faut, d'abord, que les prétendus époux aient porté le même nom (*nomen*), qu'ils se soient comportés comme époux dans leurs rapports réciproques (*tractatus*), qu'ils aient été tenus pour tels par leurs familles et que le public leur ait reconnu cette qualité (*fama*).

Cette énumération des faits constitutifs de la possession d'état d'époux légitimes est, d'ailleurs, analogue à celle que l'article 321 du Code civil donne de ceux qui caractérisent la possession d'état d'enfant légitime.

Ces trois éléments doivent revêtir un certain caractère de continuité, car une union qui ne se trouverait réalisée, en fait, qu'à des intervalles éloignés, ou même qui, après une existence éphémère, aurait complète-

ment cessé, ressemble plutôt à un concubinage qu'à un mariage véritable (1).

La possession d'état d'époux, ainsi définie, peut entraîner deux sortes d'effets : d'abord, elle peut servir de preuve au mariage, ensuite, et en dehors de toute union légalement célébrée, l'existence d'un faux ménage peut entraîner des obligations à la charge des prétendus époux.

Comme preuve du mariage, le rôle de la possession d'état est forcément limité, car il importe que l'état des personnes soit assuré et la possession d'état est, à cet égard, un fait trop complexe et trop incertain ; aussi ne peut-elle que corroborer l'acte de célébration du mariage, mais non le suppléer. Exceptionnellement, cependant, on conçoit que, si des enfants revendiquent la qualité d'enfants légitimes, la loi se montre plus indulgente, toutes les fois, du moins, qu'ils sont dans l'impossibilité de se procurer l'acte de célébration du mariage de leurs parents. Enfin, au point de vue international, l'application de la règle *locus regit actum* aura aussi pour conséquence d'autoriser la preuve du mariage par la possession d'état, dans des cas où le droit interne ne l'admettrait pas.

En dehors du mariage, la possession d'état ne joue qu'un rôle effacé et non reconnu par la jurisprudence.

(1) Voir dans ce sens ; Cass. Req. 28 novembre 1899, D. 1900. 1. 472. S. 1901. 1. 21.

On examinera, dans un premier chapitre : La possession d'état d'époux légitimes en tant que preuve du mariage ; dans un deuxième chapitre : Les exceptions apportées aux principes en faveur des enfants issus du mariage ; dans un troisième chapitre : Le rôle de la possession d'état en droit international privé ; et, dans un quatrième chapitre : Les effets de celle-ci en dehors du mariage ; enfin, dans une Conclusion, on se demandera s'il ne conviendrait pas que le législateur étendit les effets par lui reconnus à la possession d'état.

CHAPITRE PREMIER

DE LA POSSESSION D'ÉTAT D'ÉPOUX COMME PREUVE DU MARIAGE.

—

SECTION I

**De la règle que le mariage ne peut être prouvé qu'au moyen de
la représentation de l'acte de célébration du mariage.**

§ 1. — *Origine de la règle.*

On a vu (1) que, dans l'antiquité, la possession d'état était reconnue comme preuve du mariage. C'est, à coup sûr, le mode de preuve le plus ancien, puisque ce fut le seul possible dans une société rudimentaire, à une époque où l'écriture était ignorée et où les services publics susceptibles d'enregistrer les mariages n'étaient pas ou étaient à peine organisés.

Il en fut de même en France jusque vers le milieu du xvi^e siècle, c'est-à-dire tant que l'Eglise fut maîtresse absolue des causes matrimoniales. Qu'un sacrement qui n'exigeait point le ministère du prêtre, et où celui-ci, quand il intervenait, ne remplissait qu'un simple rôle de témoin, pût être ainsi prouvé, rien n'était plus

(1) Introduction, p. 5 et suiv.

naturel. Le mariage ne relevait que de la conscience des époux, de leurs volontés, et la possession d'état marquait de caractères suffisamment précis l'existence des consentements mutuels. Ni la société, ni l'Etat ne semblaient légitimement intéressés à la constatation et à la réglementation des unions conjugales, demeurées simples affaires entre particuliers, et c'est ce qu'exprimait naïvement le vieil adage rapporté par Loysel (1) :

Boire, manger, coucher ensemble
Est mariage, ce me semble.

Et toutefois les scandales auxquels la preuve du mariage par la simple possession d'état n'avait pas manqué de donner naissance, avaient fait reconnaître qu'elle pouvait être combattue par toute autre preuve contraire.

Il résultait, d'ailleurs, de l'admission de la preuve par la possession d'état, une grande incertitude sur le sort des unions, livré au hasard des témoignages, et, par voie de conséquence, sur le sort des enfants qui en étaient issus.

Mais, quand la royauté se fut affermie, quand l'esprit public eut commencé à se manifester, que, grâce aux efforts persévérants des légistes, l'omnipotence de la juridiction ecclésiastique eût été entamée par la distinction longtemps oubliée du contrat et du sacrement, il apparut que la société, représentée par

(1) LOYSEL. *Institutes coutumières*, liv. I, Titre II, Reg. 108.

qu'ils l'ont voulu et qu'ils ont, par une cohabitation prolongée et par leur manière de vivre, accrédité cette opinion. Or, c'est un principe de droit et de raison qu'on ne saurait se créer de titres à soi-même.

D'autre part, la preuve par la possession d'état se résout en une preuve par témoins et cette dernière est pleine d'incertitudes et de dangers. Les mensonges, en dépit des peines dont leurs auteurs sont passibles, ne sont pas rares en pratique. De plus, dans les centres ouvriers et urbains particulièrement, de honteux chantages se fussent exercés par la menace des procès scandaleux auxquels l'admission de cette preuve eût sûrement donné naissance. Et puis, même si les témoignages avaient été sincères, ils eussent été bien souvent erronés et contradictoires.

Quelle eut été, d'ailleurs, l'autorité attribuée aux jugements rendus en cette matière? Auraient-ils eu force de chose jugée à l'égard de tous? Ou bien aurait-on admis le principe de l'autorité relative de la chose jugée? L'une ou l'autre solution eut été également insoutenable en raison.

Supposons qu'on ait reconnu au jugement force absolue à l'égard de tous, il en serait résulté que le sort du mariage eut dépendu des prétendus époux seuls. Un tiers quelconque, ayant un intérêt légitime à invoquer les effets civils du mariage, se prévaut de ce mariage. Il doit en établir la preuve (art. 1315 C. civ.), et, dans ce but, il invoque la possession d'état.

d'un écrit. Cette grande ordonnance ne fut pas appliquée, mais sa prohibition fut reprise et aggravée par l'article 7 de la déclaration du 26 novembre 1639.

L'Ordonnance de 1667 sur la procédure civile décida que les registres seraient tenus en double, et elle n'admit la preuve testimoniale ou par présomption qu'en cas de perte ou de non-tenue de ces registres. Mais, même en dehors de ces deux exceptions, la jurisprudence continua, selon les cas et en s'inspirant des circonstances, à rejeter ou à admettre la preuve du mariage résultant de la cohabitation prolongée à titre d'époux.

Il en fut ainsi spécialement pour les protestants, à partir de la Révocation de l'Edit de Nantes. Ceux qui refusaient d'abjurer leurs croyances et de faire constater leur union par les ministres du culte catholique, ne pouvaient recourir à une preuve tirée des registres tenus par ces derniers. Louis XIV, par une déclaration de 1698, se réserva le droit de statuer sur la validité de leurs mariages, et souvent les Parlements, jugeant au nom du Roi, les admirèrent à en faire la preuve au moyen de la possession d'état (1).

Mais, on a vu (2) que la jurisprudence avait, peu à peu, restreint de plus en plus les cas où la preuve du mariage par la possession d'état était admise, et,

(1) Introduction, pages 34 et 35 et note 1.

(2) Introduction, page 31 et suiv.

après le célèbre édit de 1787, cette preuve fut, en fait, comme en droit, absolument interdite.

Le Code civil ne reconnaît également, en principe, comme mode de preuve, que la représentation de l'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil (art. 194). « La possession d'état, dit l'article 195, ne pourra dispenser les prétendus époux, qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. »

§ 2. — *Raison d'être de la règle.*

Cette règle se justifie facilement.

Il eut été illogique de réglementer minutieusement les formalités requises pour la validité du mariage, pour admettre ensuite que le mariage même pourrait néanmoins être prouvé par la possession d'état. Le législateur eut ainsi détruit les règles qu'il venait de poser, car la possession d'état est un pur fait et n'implique nullement que la célébration du mariage ait été régulière.

Mais, si c'était là le seul motif de la règle, le législateur eut, tout au moins, pu admettre que la possession d'état pourrait servir de preuve, pourvu que l'existence des conditions requises pour la validité du mariage fut établie par témoins ou autrement. Il ne l'a pas voulu, et c'est avec raison.

D'une part, la possession d'état est un titre que les époux se donnent à eux-mêmes, car, s'ils sont traités comme tels par leurs familles et par le public, c'est

l'Etat, avait un intérêt primordial à contrôler et à régler les unions.

L'Ordonnance de Villers-Cotterets (1539) avait prescrit la tenue de registres pour les naissances et les décès ; c'était le germe d'une future réforme analogue pour les mariages.

Toutefois l'Ordonnance de Moulins (1566), qui restreignit la liberté de la preuve testimoniale, fut sans grande influence sur la preuve du mariage. Mais l'Ordonnance de Blois, du 15 mai 1579 (art. 40 et 44), décida que l'existence des unions conjugales pourrait être démontrée, à l'aide des registres tenus par les curés compétents pour la célébration des mariages.

L'Eglise, elle-même, était entrée dans la voie du formalisme, et le Concile de Trente avait décidé que désormais les mariages devraient être célébrés par les Ministres du culte, et que ceux-ci les inscriraient sur leurs registres. Bien que la royauté n'ait jamais entendu reconnaître force obligatoire aux décrets du Concile de Trente, elle avait admis les règles nouvelles relatives à la preuve du mariage, afin de diminuer le nombre des mariages clandestins.

Cependant, les actes de mariage inscrits sur les registres n'excluaient pas les anciens modes de preuve du mariage par témoins ou par la possession d'état. Le Code Michaud, de 1629, dans son article 4, défendit à tous juges, même à ceux de Cour d'Eglise, de recevoir à l'avenir toute autre preuve que celle résultant

Ses adversaires connaissent l'inexistence ou les vices dont leur prétendu mariage est entaché. Selon qu'il leur plaira, ils opposeront à la demande ces moyens de défense ou, au contraire, ils feront défaut ou ne les opposeront pas. Dans la seconde hypothèse, un jugement sera rendu reconnaissant l'existence du mariage. Mais, postérieurement au jugement, l'inexistence ou la nullité de l'union est découverte. Comment admettre que, néanmoins, ce faux mariage demeurera inattaquable à l'égard de tous ?

La deuxième solution était également inadmissible. Le sort du mariage demeurerait toujours en suspens. Au moyen âge, cependant, l'Eglise avait décidé que, dans les causes matrimoniales, la sentence rendue n'aurait jamais force absolue de chose jugée(1), parce que, à ses yeux, il ne fallait pas maintenir à l'abri des attaques un état où deux personnes compromettaient leur salut. La jurisprudence des Parlements paraît avoir rejeté cette règle, mais les témoignages des auteurs sont, à cet égard, contradictoires (2). L'ordre public commande la stabilité et la consolidation des unions. Sans cela, vainement les époux éta-

(1) Un jugement rendu contre la validité d'un mariage n'acquiert jamais force de chose jugée, même quand le serment a été déféré. [Décision en ce sens de l'Evêque de Poitiers, rapporté par DANTY. *La preuve par témoins*, chap. IV, p. 92]

(2) Voir dans le sens de l'autorité absolue de la chose jugée : DUPERRAY, *Traité des dispenses de mariage*. Paris, 1769, p. 320. — *Conférences ecclésiastiques de Paris*, III, p. 179. — GUYOT, *Répertoire de jurisprudence*, V° Impuissance, IX, p. 90; et, dans le sens contraire : POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, n° 461.

bliront-ils l'existence et la validité de leur mariage dans une série de procès, il leur faudra recommencer cette preuve dès qu'il plaira au premier venu d'élever une contestation à ce sujet. Il pourrait en résulter des jugements contradictoires, de sorte que deux personnes déterminées auraient la qualité d'époux au regard des uns, et ne l'auraient pas au regard des autres.

Enfin, si la preuve par la possession d'état était reconnue par la loi, le concubinage ne manquerait pas d'usurper la place et les droits du mariage, tout au moins dans les centres industriels et dans les villes.

Le chancelier d'Aguesseau avait pleinement raison de dire : « On ne peut prendre, dans une matière aussi grave, la renommée comme juge et le bruit public comme témoin. »

Le seul mode de preuve normal du mariage est donc l'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil. Ce principe est nettement posé par l'article 194 du Code civil, dans les termes suivants : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil. »

§ 3. — *Importance de la règle.*

L'importance de la preuve en matière de mariage est considérable, car, pas plus qu'un mariage nul, celui dont l'existence n'est pas légalement établie ne peut produire d'effets civils, et c'est pourquoi le légis-

lateur a traité de la preuve dans un chapitre relatif aux demandes en nullité de mariage.

Cependant il faudrait se garder de confondre un mariage valable dont on ne représente pas l'acte de célébration avec un mariage entaché de nullité.

D'une part, en effet, un mariage nul, mais contracté de bonne foi par l'un des époux ou par tous les deux, conserve, dans le passé, même après son annulation, les effets qu'il avait produits tant à l'égard de l'un des époux ou de tous deux, selon leur bonne foi, qu'à l'égard des enfants (art. 201 et 202 C. civ.) : c'est le mariage *putatif*. Au contraire un mariage non prouvé, encore qu'il ait été valablement contracté, ne peut en fait produire aucun effet, il ne peut être reconnu tel par les tribunaux, et, dès lors, peu importe qu'en droit il soit parfait : *Idem est non esse et non probari*.

D'autre part, un mariage entaché d'un vice de nullité produit, provisoirement et jusqu'au jugement déclarant cette nullité, tous les effets d'un mariage valable. A dater du jugement, ces effets seront rétroactivement anéantis ; mais il se peut que personne ne songe à provoquer ce jugement. A cet égard, la possession d'état jouera, en fait, un rôle important, en empêchant les soupçons touchant l'irrégularité de l'union de naître dans l'esprit des tiers intéressés. Au contraire, un mariage non prouvé est tenu provisoirement pour inexistant ; jusqu'à ce que l'acte de célébration ait été rapporté, il y a présomption de concubinat. Mais,

dès que la preuve de son existence et de sa validité est faite, le mariage produit tous ses effets.

Puis, lorsqu'il s'agit de proposer la nullité d'un mariage, la demande ne peut être formée que par certaines personnes et pour certaines causes limitativement déterminées, car la rupture d'une union est un trouble social. Lorsqu'il s'agit de la preuve du mariage, toute personne peut se prévaloir du défaut de représentation de l'acte de célébration, car la société a intérêt à ne pas laisser le concubinat usurper les droits et les honneurs du mariage.

Enfin, l'officier de l'état civil auquel serait signifiée une opposition, basée sur l'existence d'un précédent mariage, ne pourrait procéder à la célébration de la nouvelle union, tant que la nullité de la première n'aurait pas été judiciairement prononcée, si l'acte de célébration du mariage antérieur lui était représenté, au lieu qu'il ne serait pas obligé d'y surseoir, si cet acte n'était pas produit.

La preuve par la représentation de l'acte de célébration est, en principe, seule possible et elle ne pourrait être suppléée par aucun des modes de preuve généralement admis. Les règles du droit commun sont ici inapplicables, le législateur ayant pris soin de poser, en matière de mariage, des règles spéciales relatives à sa preuve. C'est pourquoi on ne saurait admettre : ni un acte de mariage inscrit sur une feuille volante, lequel ne pourrait même pas servir de

commencement de preuve par écrit susceptible de faire admettre la preuve par témoins ou par présomptions (1) ; ni un contrat de mariage, car souvent l'union projetée ne se réalise pas ; ni une promesse de mariage même suivie des publications, car « fille fiancée n'est ni prise ni laissée, et tel fiancé qui n'épouse pas (2) » ; ni le serment litis-décisoire, car il ne peut être déféré en matière de questions d'état ; ni la preuve testimoniale, car il a été démontré plus haut que le législateur avait voulu l'écarter (3) ; ni un acte écrit quelconque, fût-ce l'acte de célébration religieuse, car la loi civile ne la tient pas pour valable, ou un autre acte d'état civil où les prétendus conjoints auraient reçu le titre d'époux, car l'objet de cet autre acte ne serait pas de constater le mariage.

Ce principe est absolu, et on a vu que la possession d'état elle-même n'aurait pas pour effet de suppléer au titre. Il en est autrement de la possession d'état en matière de filiation. A défaut d'acte de naissance, la possession d'état d'enfant légitime suffit (art. 320 C. civ.). La raison de cette différence vient de ce que la possession d'état est dans le premier cas l'œuvre des prétendus époux, et que, dans le

(1) En ce sens : AUBRY ET RAU, 5^e édition, t. I, § 64, p. 328. — En sens contraire : TOULLIER, t. I, n° 348 ; — LAURENT, t. II, n° 52 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, t. I, n° 857 ; — DELVINCOURT, t. I, p. 316.

(2) LOYSEL, *Institutes coutumières*, Livre I, Titre II, Règle 103.

(3) Ni un acte de notoriété. — Paris, 17 mars 1836, DALLOZ, *Répertoire*, V° Mariage, n° 412, note 1.

second, elle n'est pas l'œuvre de l'enfant. Celui-ci peut, en effet, ne pas pouvoir produire son acte de naissance parce qu'il ignore où il est né. Au contraire, les prétendus époux ne peuvent pas légitimement ignorer le lieu de leur mariage.

Il ne serait même pas permis aux prétendus époux de se prévaloir de leur possession d'état pour être admis à prouver par témoins que le mariage a été régulièrement célébré, lorsque les registres paraissent avoir été régulièrement tenus (1).

§ 4. — *Etendue d'application de la règle.*

Le principe que la possession d'état ne supplée pas à la représentation de l'acte de mariage s'applique aux tiers comme aux époux (mais non aux enfants), elle s'applique à ceux qui se sont toujours refusés à reconnaître le mariage, comme à ceux qui en avaient primitivement admis la régularité et la validité, et il s'applique enfin en défendant aussi bien qu'en demandant.

Que les époux soient obligés de rapporter l'acte de célébration du mariage, cela résulte des motifs mêmes du principe adopté par notre loi et du texte de l'article 195 du Code civil aux termes duquel nul ne peut, s'il ne représente cet acte, « réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage. » Mais on aurait pu être tenté de limiter aux époux seuls l'effet de cette prohibi-

(1) Bruxelles. 29 mars 1806, S. chr.

tion, car, d'une part, la loi ne parle que de ceux-ci, et, d'autre part, les tiers n'ont point été appelés à collaborer à l'acte de célébration, ils peuvent légitimement ignorer dans quel lieu les époux se sont mariés, et se trouver dès lors dans l'impossibilité de représenter l'acte de mariage.

Cette interprétation restrictive est unanimement repoussée. Il est certain, en effet, que si la possession d'état devait pouvoir servir de preuve, ce serait, en réalité, dans les rapports des époux entre eux, car cette possession d'état est leur œuvre, et celui des deux qui aurait à en subir les conséquences n'aurait qu'à s'en prendre à lui-même de son propre fait. Mais les tiers n'ont point de part à cette possession d'état, ils n'en ont été que les témoins : ils ne pourront donc pas plus se la voir opposer que l'opposer eux-mêmes aux époux. D'ailleurs ce n'est ni dans l'intérêt des époux, ni dans celui des tiers, que la prohibition de la preuve par la possession d'état a été édictée par le législateur ; c'est dans l'intérêt supérieur de la société et de la morale publique, afin d'éviter que le concubinat vienne usurper les droits du mariage légitime. C'est pourquoi, quand, dans l'intérêt des enfants, le législateur les a admis exceptionnellement à prouver le mariage de leurs père et mère par la possession d'état, il a fallu un texte spécial, l'article 197 du Code civil, et cette preuve n'a été admise que dans des conditions strictement déterminées.

La possession d'état, qui ne peut servir de preuve du mariage des époux vivants, ne pourrait donc pas davantage être invoquée par les héritiers du prétendu époux décédé ou contre eux, car ces héritiers sont des tiers et nulle disposition ne déroge en leur faveur au principe général. Pour soutenir le contraire, des auteurs s'étaient prévalus des termes de l'article 195 du Code civil : « La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront *respectivement*, de représenter l'acte de célébration. » Si la possession d'état est insuffisante, disaient-ils, c'est quand l'un des époux l'oppose à l'autre. Donc elle est suffisante, quand elle est opposée par les héritiers de l'un d'eux au survivant. Cette opinion a, depuis longtemps, été rejetée par la jurisprudence (1).

Les enfants eux-mêmes, s'ils ne se trouvaient pas dans les conditions fixées par l'article 197 du Code civil, qui seront examinées plus loin, ne pourraient prouver le mariage de leurs parents, à l'égard des personnes qui contesteraient leur légitimité, qu'en reproduisant l'acte de célébration du mariage (2).

Le principe s'applique même quand la partie qui nie aujourd'hui le mariage, en avait auparavant reconnu la régularité et la validité, soit d'une façon expresse, soit tacitement par des actes impliquant cette

(1) Paris, 6 février 1819, S. chr.

(2) Paris, 20 mai 1808, S. chr.

reconnaissance (1). En effet, que la reconnaissance qui en a été faite soit ou non le résultat d'une erreur, comme les nullités du mariage et sa preuve sont d'ordre public, nul ne peut renoncer au droit de faire valoir les unes et de demander la justification de son existence, parce que nul ne peut, par son aveu, donner à une personne un état qu'elle n'a pas. Et d'ailleurs est-ce bien d'un aveu qu'il s'agit ? L'aveu est une déclaration faite par une partie relativement à un acte où elle est intervenue. Mais le tiers qui a agi dans la croyance qu'un tel mariage avait eu lieu, ce tiers fût-il l'héritier de l'un des époux, n'a point été partie à ce mariage. S'il a, par exemple, consenti à l'exécution de conventions matrimoniales, sur le fondement du mariage de son auteur, il n'a rien avoué ni reconnu, à vraiment parler ; il s'est borné à ne pas mettre en discussion une situation de fait que nul, pas plus que lui, ne contestait. Il n'y a même pas là une sorte de transaction relative au mariage, et cette transaction, à la supposer existante, serait d'ailleurs nulle, car on ne peut transiger sur une question d'état.

Toute autre serait la question de savoir si les actes passés par des tiers avec de prétendus époux n'ayant d'autre titre qu'une simple possession d'état, ou par ces derniers entre eux, leur seraient inoppo-

(1) Ainsi jugé pour des collatéraux (Bruxelles, 7 juin 1806, *Dalloz, Répertoire*, V^o Mariage, n^o 415), même si ces collatéraux n'ont aucun intérêt pécuniaire (Req. 22 juin 1819, *Dalloz, Rép.*, V^o Mariage, n^o 415).

sables. Il ne s'agit plus, dans ces cas, du mariage même, mais des intérêts pécuniaires qui y sont attachés ; des transactions sont alors possibles, car, il est permis de transiger sur des intérêts privés dont on a la disposition. Cette question sera examinée lorsqu'on étudiera (chapitre IV) les effets de la possession d'état indépendamment du mariage.

Le principe que le mariage ne peut être prouvé que par la représentation de l'acte de célébration s'applique tant en demandant qu'en défendant. En droit commun, aux termes de l'article 1315 du Code civil, c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation qu'il appartient de la prouver, ce que l'on exprime par l'adage ; *Actori incumbit probatio*. On a coutume de dire, pour justifier cette règle, que l'obligation est un état de choses anormal, les hommes étant en principe libres au regard les uns des autres de tout lien de droit. Si donc quelqu'un prétend qu'une personne est obligée envers lui, il en devra faire la preuve. Et de même, en sens inverse, l'obligation une fois prouvée, c'est au débiteur qu'il appartiendra de démontrer sa libération ou l'existence des fins de non-recevoir qu'il peut opposer à la demande, car, normalement, l'obligation continue à produire ses effets jusqu'à ce qu'un événement y mette fin ; ce qu'on exprime en disant : *Reus in excipiendo fit actor*.

Ces règles, appliquées au mariage, aboutiraient à

faire reconnaître à la possession d'état un effet analogue à celui de la possession ordinaire, en ce sens qu'elle assurerait aux prétendus époux ou à leurs ayants cause le rôle de défendeurs dans les procès et que le demandeur serait obligé de démontrer l'inexistence du mariage, tandis que ceux-ci se borneraient à discuter et à détruire les preuves invoquées par leur adversaire. En effet, la possession d'état est un état de fait qui, normalement, doit être présumé conforme au droit. Ce qui est donc anormal, et qui devrait être prouvé, c'est que les prétendus époux, en dépit du nom qu'ils portent, de la façon dont ils vivent, et dont ils sont considérés par leurs familles et par la société, ne sont pas cependant unis par mariage. Que si le demandeur ne parvenait pas à faire cette preuve, il serait débouté de sa demande et les deux conjoints considérés comme époux légitimes.

Une lecture superficielle du texte de l'article 194 du Code civil pourrait laisser supposer qu'il en est ainsi, car la représentation de l'acte de célébration n'est exigée par cet article que de ceux qui réclament le titre d'époux et les effets civils du mariage.

Mais, en réalité, la loi a entendu laisser aux époux ou à leurs ayants droit la charge de cette preuve. S'il en était autrement le vœu du législateur ne serait pas obéi, et les unions irrégulières pourraient facilement usurper les avantages de la légitimité et du mariage. D'ailleurs, l'article 195 du Code civil marque nettement

qu'en présence d'un adversaire se bornant à nier le mariage et à refuser d'en subir les effets, il ne suffira pas aux époux de se prévaloir de la possession d'état, il leur faudra de plus représenter l'acte de célébration. Et cet article ne distingue nullement selon que les époux sont demandeurs ou défendeurs. Rien de plus juste, car aux tiers demandeurs il serait fort difficile d'établir l'inexistence d'un mariage.

Cette obligation d'établir le mariage par la représentation de l'acte de célébration s'impose, ainsi qu'il a été dit, non seulement aux époux, mais à leurs ayants cause, et il ne leur suffirait pas, en dehors du cas exceptionnel visé à l'article 197 du Code civil, de s'en tenir à la possession d'état.

Ainsi, l'héritier d'une personne, dont il se dit enfant légitime, actionné en pétition d'hérédité par un parent d'un degré plus éloigné, devra prouver, si l'un de ses auteurs vit encore, le mariage de ses père et mère au moyen du mode de preuve normal.

La preuve par la représentation de l'acte de célébration n'est toutefois exigée que lorsqu'on entend invoquer « le titre d'époux et les effets civils du mariage. » Mais il n'en est pas de même lorsqu'on en prétend démontrer l'existence en tant que simple fait à l'accomplissement duquel se trouverait subordonnée l'existence ou l'extinction d'un droit qui n'est pas un effet direct du mariage. Par exemple, un époux a légué une partie de ses biens à son conjoint survivant,

à la condition que celui-ci ne se remarierait pas. Les héritiers du conjoint prédécédé revendiquent les objets légués, parce que le survivant s'est remarié, et ils allèguent en preuve la possession d'état d'époux existant entre celui-ci et une autre personne. Cette preuve devra être admise par le juge. D'abord on est certainement en dehors des termes de l'article 194 du Code civil. D'ailleurs, le but des actes de l'état civil est uniquement d'établir l'état des personnes lorsqu'on en invoque les attributs. Enfin les héritiers ignorent légitimement le lieu où le nouveau mariage a été célébré ; on ne saurait donc exiger d'eux la représentation d'un acte de mariage qu'ils n'ont pu se procurer (art. 1348 C. civ.). Il va de soi que tous autres modes de preuve seraient admis dans ce cas : l'aveu, le serment, la preuve par témoins et même les simples présomptions (1).

SECTION II

La possession d'état corrobore l'acte de célébration

La possession d'état ne suffit donc pas à prouver le mariage ; elle ne supplée pas à l'acte de célébration. Mais il n'en faudrait pas conclure qu'elle est sans effet relativement à cette preuve. Si elle ne supplée pas l'acte de célébration, du moins *elle le corrobore lorsqu'elle s'unit à lui.*

(1) FUZIER-HERMAN, *Répertoire*, V^o Mariage, n^o 1109 ; — DEMOLOMBE, t. III, n^o 390 ; — BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, p. 559 ; — Bruxelles, 20 janvier 1807 dans MERLIN, *Répertoire*, V^o Mariage, sect. 5, § 2, n^o 3.

L'article 196 du Code civil le décide en ces termes :
« Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte. »

On comprend que, lorsqu'à l'acte de célébration du mariage se joint la possession d'état d'époux légitimes, l'union soit consolidée, car ni les tiers qui, en traitant avec eux, ont dû connaître les faits publics et continus qui constituent cette possession d'état, ni les époux, dont elle est l'œuvre, ni leur famille, qui y a collaboré, ne sauraient s'en plaindre.

Mais quelle est exactement la portée de la fin de non-recevoir édictée par l'article 196 du Code civil ? A quelles conditions est-elle soumise ? Quelles irrégularités peut-elle couvrir ? Enfin à quelles personnes est-elle opposable ? Telles sont les questions qu'il convient d'examiner.

§ 1. — *A quelles conditions est subordonné l'exercice de la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état.*

Les conditions nécessaires pour que l'article 196 puisse être invoqué sont précisées par ce texte. Il faut, d'abord, que les époux aient la possession d'état, telle qu'elle a été définie plus haut. Il faut, ensuite, que l'acte de célébration du mariage soit représenté.

Mais, faut-il, de plus, que cet acte soit inscrit sur

les registres de l'état civil? Ou, au contraire, un acte inscrit sur une feuille volante suffirait-il?

Un certain nombre d'auteurs (1) exigent que l'acte représenté soit inscrit sur les registres de l'état civil. Ils font remarquer, en premier lieu, que l'inscription sur une feuille volante enlève à l'acte toutes les garanties que la loi voulait lui donner, principalement en ce qui concerne la date, et qui résultent des registres cotés et paraphés. D'autre part, l'officier d'état civil n'agit en cette qualité que lorsqu'il inscrit l'acte sur les registres. « Comme une feuille volante, dit M. Duranton (2), ne constitue point un acte authentique, parce que l'officier en l'écrivant ne remplissait point son ministère, on doit dire que la signature apposée à cette feuille ne pourrait, d'après l'article 1318, que lui donner la force d'écriture privée, et les actes de l'état civil ne valent pas comme écriture privée, il faut qu'ils soient authentiques, ils ne font preuve que lorsqu'ils ont cette qualité. » Enfin on fait remarquer que la solution contraire serait manifestement opposée au texte de l'article 194 qui exige un acte écrit sur le registre de l'état civil; si la force probante des actes inscrits sur feuilles volantes peut être douteuse pour les autres actes de l'état civil, il n'en saurait donc être de même pour l'acte de mariage.

Cependant cette opinion ne nous paraît pas fondée. Elle n'est pas conforme à la tradition. Aux termes de

(1) En ce sens DEMOLOMBE, t. I, n° 323; — DURANTON, t. II, n° 231.

(2) DURANTON, *Cours de droit français*, t. II, p. 206.

l'article 9 de la déclaration du 9 avril 1736 « en aucun cas, les actes de célébration ne pouvaient être écrits et signés sur feuilles volantes ; ce qui, ajoutait l'ordonnance, sera exécuté, à peine d'être procédé extraordinairement contre le curé ou un autre prêtre qui aurait fait ledit acte, lesquels seront condamnés à telle amende ou autre plus grande peine qu'il appartiendra, suivant l'exigence des cas, et à peine contre les contrevenants de déchéance de tous les avantages et conventions portés par le contrat de mariage, ou autres actes, même de privation des effets civils, *s'il y échet.* »

Le juge avait donc une grande liberté d'appréciation en ce qui concerne les conséquences à tirer de la production d'un acte ainsi inscrit ; il pouvait le tenir pour valable ; la seule sanction obligatoire consistait en des peines contre le rédacteur de l'acte et en des déchéances contre les parties.

Il n'apparaît pas que le Code ait entendu rien changer à ces règles. Sans doute l'article 194 parle d'actes inscrits sur les registres de l'état civil, mais il ne résout nullement la question, car il envisage une hypothèse différente, celle de la représentation pure et simple de l'acte de célébration. Au contraire, l'article 196 du Code civil, examinant le cas où à cette représentation d'un acte est jointe une possession d'état conforme, n'exige pas que l'acte de mariage soit inscrit sur les registres. Si précisément le vice dont l'acte est entaché

consistait dans le défaut de cette inscription, l'effet de la possession d'état serait de le faire disparaître. En général la sanction légale de la rédaction d'un acte de l'état civil sur feuille volante se trouve dans l'article 52 du Code civil, lequel décide que « toute inscription de ces actes faite sur feuille volante et autrement que sur les registres à ce destinés, donneront lieu aux dommages-intérêts des parties, sans préjudice des peines portées au Code pénal. »

Ces peines sont celles de l'article 192 du Code pénal; elles consistent en un emprisonnement d'un mois au moins et de trois mois au plus, et en une amende de 16 à 200 francs. Ce n'est pas à dire qu'un acte d'état civil sur feuille volante soit forcément valable, mais il appartient au juge d'en déterminer la force probante. On soutient que quand la loi prescrit l'inscription d'un acte sur les registres, le registre est de l'essence de l'acte, et que, de même qu'il n'y aurait ni renonciation à succession, ni hypothèques opposables aux tiers, sans l'inscription de ces actes sur les registres à ce destinés, de même il n'y a point d'acte de l'état civil sans inscription sur les registres exigés par la loi. Mais c'est ajouter à la loi des prescriptions qui ne s'y rencontrent pas. Pour les renonciations à succession, comme pour les hypothèques, il existe des textes formels. Au contraire, il n'y a rien de tel, en général, pour les actes de l'état civil. Sans doute, pour la seule preuve du mariage,

l'article 194 exige l'inscription sur des registres, mais c'est en vue du cas où les parties n'offrent en preuve que l'acte de célébration. Mais, il n'en est pas de même des autres actes de l'état civil. Le texte de l'article 194 est donc exceptionnel, et il convient d'en restreindre exactement la portée. Si donc à l'acte de célébration irrégulier, on ajoute la preuve par la possession d'état, le mariage pourra être considéré comme suffisamment démontré.

Sans doute, il est vrai que l'acte de célébration inscrit sur feuille volante ne présente pas toutes les garanties d'un acte inscrit sur les registres. Mais cette objection demeure sans valeur, si l'on observe que la loi paraît néanmoins s'en être contentée pour les actes de l'état civil autres que le mariage, et que, précisément, elle ne l'a admis dans ce dernier cas qu'appuyée d'une possession d'état conforme.

Dira-t-on que, même alors, il y a lieu de craindre que de prétendus époux, à l'aide d'une collusion frauduleuse et d'une antidade concertée, n'arrivent à faire valider après coup une union illégitime, sans avoir observé les mesures ordonnées par le législateur ? Il faut convenir qu'une telle entente est bien peu probable, car ceux qui s'y prêteraient encourraient des peines sévères. L'officier public coupable serait passible des peines portées à l'article 192 du Code pénal, et même, éventuellement, si la preuve du mariage était demandée en vue de nuire à un tiers et que cet officier

public soit complice de la fraude, de la peine des travaux forcés à perpétuité (art. 145 et 146 C. pén.).

L'acte de célébration inscrit sur feuille volante et corroboré par une possession d'état conforme fait donc preuve du mariage.

On a soutenu une opinion intermédiaire, d'après laquelle l'acte inscrit sur une feuille volante n'aurait sans doute pas force probante par lui-même, mais constituerait un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve testimoniale (1).

On invoque en ce sens l'article 1347 du Code civil : lorsqu'il existe un écrit émané de celui contre lequel la demande est formée et rendant vraisemblable le fait allégué, la preuve peut en être faite de toutes manières. Sans doute, l'écrit n'émane pas de la partie adverse, mais, en matière d'état civil, la loi a entendu le commencement de preuve par écrit d'une façon plus large. C'est ainsi que, dans l'article 324 du Code civil, les titres de famille, les registres et papiers domestiques du père ou de la mère, les actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante, sont tenus pour des commencements de preuve par écrit. De même, il est généralement admis, en matière de filiation naturelle, qu'il fallait entendre le commencement de preuve par écrit conformément à l'article 324 du Code civil, les rédacteurs du Code s'étant référés plutôt à cet article

(1) M. DEMANTE, t. I, n° 277 bis.

qu'à l'article 1347 qui n'avait pas encore été discuté. Si donc en matière de filiation, et même de filiation naturelle, un simple écrit, dépouillé de toute authenticité, peut servir de preuve, comment n'en serait-il pas ainsi, en matière de mariage, d'un acte de célébration sur feuille volante, auquel il ne manque, pour faire pleine foi par lui-même, que d'être inscrit sur un registre ?

Cette opinion intermédiaire est à peu près unanimement rejetée et avec raison. Elle repose sur des arguments d'analogie d'une extrême faiblesse. La preuve en matière de filiation est réglée tout autrement qu'en matière de mariage et s'il était vrai que l'article 324 du Code civil put être étendu à celle-ci, il faudrait admettre en preuve non pas seulement un acte sur feuille volante, mais les titres de famille, les registres et papiers domestiques, etc.....; ce qui n'irait à rien moins qu'à détruire les dispositions des articles 194 et suivants et à supprimer toutes les règles inscrites dans le Code relativement à la preuve du mariage. Or, ces dernières règles se suffisent à elles-mêmes. Il ne faut même pas chercher à appliquer au mariage les règles du droit commun sur la preuve, sans quoi, comme les tiers n'ont pas pu se ménager une preuve écrite de la célébration d'une union à laquelle ils ne sont pas intervenus, on devrait décider qu'ils sont toujours libres d'en établir l'existence par témoins ou autrement (art. 1348).

La production d'un acte sur feuille volante ne sau-

rait autoriser la preuve testimoniale, les termes de l'article 194 du Code civil sont trop formels pour qu'on en puisse douter. Son effet est donc nul, si elle ne se joint pas à une possession d'état conforme.

S'il en est ainsi d'un acte inscrit sur feuille volante, il ne faudrait pas en conclure par analogie que tout acte, quelque informe qu'il soit, soit susceptible d'être corroboré par la possession d'état. Encore faut-il que l'acte ait été dressé et signé par un officier d'état civil, sans quoi il n'y aurait plus d'acte. Ce qui fait l'acte, à vraiment parler, c'est la signature qui y est apposée et par laquelle son auteur atteste le contenu de cet acte. Jusqu'à ce moment l'acte reste à l'état de projet, et peu importe alors qu'il ait été ou non rédigé par un officier d'état civil. La présomption qui naît de la réunion du titre et d'une possession d'état ne saurait être invoquée dans ce cas, puisqu'il n'y a pas encore de titre (1).

§ 2. — *Des irrégularités que la possession d'état peut couvrir.*

Quelles sont maintenant les *irrégularités de l'acte de célébration* que la possession d'état peut couvrir?

Cette question a donné naissance à de vives controverses.

(1) En sens contraire : Req. 26 juillet 1865 [D. 65. 1. 493. — S. 65. 1. 394] rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris du 29 avril 1864 validant, en se fondant sur l'article 196 C. civ., un mariage célébré au Brésil devant le curé, mais inscrit sur une feuille volante, sans indication du nom du célébrant et sans que l'acte soit signé du curé et des témoins, contrairement aux règles du Concile de Trente.

Il est bien certain, et ce point demeure hors de toute discussion, que la loi a entendu régler, non pas une question de fond, mais une question de forme ou de preuve, et que la fin de non-recevoir qu'elle édicte ne se réfère point aux demandes en nullité du mariage. Celles-ci, qu'elles soient fondées sur le défaut d'âge, la bigamie, l'inceste, le défaut de consentement, pourront être invoquées en vue de faire prononcer la nullité du mariage. A supposer, en effet, que celui-ci fut prouvé par la représentation d'un acte de célébration régulier, il en serait ainsi; *a fortiori*, des demandes en nullité basées sur ces motifs devront-elles être admises (1).

Le but de l'article 196 est, ainsi qu'il a été dit, d'empêcher qu'une union, où se sont glissées quelques irrégularités de forme, puisse encore être discutée quand elle a été consolidée par une possession d'état constante.

Mais de quel acte la loi entend-elle parler, quand elle dit, dans l'article 196, que la réunion de l'acte de célébration et de la possession d'état empêchera les époux de « demander la nullité de cet acte » ? Le mot *acte* est susceptible d'une double signification : tantôt il désigne l'acte instrumentaire, le titre, l'écrit rédigé pour constater un fait (*instrumentum*) ; tantôt il désigne

(1) Voir Cass. 15 juillet 1811, S. chr. — Paris, 1^{er} août 1818, S. chr., DALLOZ, *Rép.*, V^o Mariage, n^o 524.

le fait lui-même, avec ses conditions et ses effets (*negotium*).

La possession d'état a-t-elle pour effet de couvrir les irrégularités dont l'acte de célébration peut être entaché, par exemple le défaut de publicité ou l'incompétence de l'officier d'état civil ? Au contraire n'a-t-elle d'autre effet que de remédier au vice de rédaction du titre écrit ?

Dans une première opinion, on décide que le but de l'article 196 est de ne pas permettre d'attaquer, lorsque la possession d'état est jointe à l'acte de célébration, non seulement le titre instrumentaire, mais encore la célébration même du mariage, c'est-à-dire l'accomplissement des formalités qui accompagnent ou constituent la célébration même (1).

Les partisans de ce système font d'abord observer que, si l'article 196 ne se référerait qu'aux vices du titre, il serait à peu près impossible de lui trouver aucune application pratique. Quelque irrégulier que soit un acte dressé par l'officier d'état civil, la loi n'en prononce pas la nullité, et aucune des formalités requises par le Code ne l'est à peine de nullité, ce qui est logique et juste, car les parties ne sont pas en faute et on ne saurait leur faire supporter les conséquences des négligences commises par l'officier d'état civil. Il suffit donc

(1) En ce sens : MALLEVILLE, sur l'art. 196 ; — MERLIN, *Répertoire*, Vo Mariage, sect. 6, § 2, quest. 2 et 3 sur l'art. 196 ; — DEMOLOMBE, t. III, n° 328 ; — AUBRY et RAU, t. V, § 467, p. 117.

que cet acte soit inscrit sur les registres. Dès lors qu'un acte n'est pas rigoureusement informé, dès lors qu'il a été reçu par un officier d'état civil, et qu'il porte le nom des parties, le juge est libre de l'admettre en preuve et d'apprécier, selon les cas, la force probante qu'il convient de lui attribuer. Cela résulte à l'évidence du chapitre 6 du Livre I du Code civil relatif à la rectification des actes de l'état civil : il résulte de tous les textes de ce chapitre que ces actes ne sont jamais nuls, mais seulement irréguliers. La jurisprudence a donc un large pouvoir d'appréciation. Il y a des formalités si importantes qu'elles devront être regardées comme substantielles et que, lorsqu'elles n'auront pas été observées, il devra être jugé qu'il n'y a pas d'acte : ainsi en sera-t-il de la mention que l'officier d'état civil a prononcé la formule par laquelle il déclare les époux unis au nom de la loi et de celle relative à l'échange des consentements des époux. Mais, au contraire, l'absence des signatures des témoins et des parties serait sans importance. D'un autre côté, les partisans de cette opinion ne reconnaissent pas à la possession d'état le pouvoir de corroborer un acte de célébration inscrit sur une feuille volante. D'après eux, cet acte n'a aucune efficacité, même avec le concours de la possession d'état. Ils en concluent que, si l'on refuse d'appliquer l'article 196 à la célébration même, on se trouve dans l'impossibilité de lui faire produire aucun effet.

Si l'on veut donner un sens à cet article, il faudrait donc donner à la possession d'état le pouvoir de couvrir les vices de forme dont la célébration pourrait être entachée. La nullité visée par l'article 196 sera celle qui résulte du défaut de publicité dans la célébration du mariage.

Le Code, sur ce point, n'aurait fait que suivre la jurisprudence de certains arrêts des Parlements. Même dans certains cas de nullité absolue, ceux-ci se réservaient le droit de tenir compte de la possession d'état (1). C'est ce que dit Pothier dans un passage relatif à la nullité résultant d'un mariage célébré par un prêtre incompétent; d'après lui, la nullité étant absolue ne saurait être couverte. « On trouve néanmoins, dit-il, quelques arrêts qui ont déclaré les parties recevables dans la demande en nullité de leur mariage, sur le prétexte qu'il avait été célébré par un prêtre incompétent, lorsque cette demande n'avait été formée qu'après un long temps de cohabitation publique, et sans que personne ne se fût jamais plaint de ce mariage. — La réponse est que ces arrêts n'ont pas jugé qu'un mariage qu'on supposerait célébré par un prêtre incompétent

(1) Mariages célébrés hors la présence du propre curé, mais maintenus en considération de la possession d'état: Arrêts du Parlement de Paris des 12 mai 1664, 18 mars 1666 et 6 juillet 1666 dans MATHIEU AUGÉARD, *Arrêts notables*, t. II, p. 812. — Arrêts du Parlement de Rouen, du 9 juillet 1753, du Parlement de Paris du 29 août 1682 (les époux n'avaient, dans cette dernière affaire, qu'une possession d'état de 4 mois), du 17 juin 1638, du 10 mars 1763, dans GUYOT, *Rép.* V^o Mariage, passim. — Mariage d'un religieux maintenu à cause d'une longue possession d'état, arrêt du Parlement de Paris du 31 décembre 1779, GUYOT, *Rép.* V^o Mariage.

puisse jamais être valable, et que ce vice puisse être purgé par quelque laps de temps que ce fut, mais qu'ils ont seulement jugé qu'en égard aux circonstances de la cause, le demandeur était indigne d'être écouté et qu'on devait présumer que les choses s'étaient passées dans les règles (1). » Si telle était la force de la possession d'état à la fin de notre ancien droit qu'elle eut parfois le pouvoir de couvrir des nullités absolues, à plus forte raison le législateur de 1804 pouvait-il admettre que, jointe à la représentation d'un acte de célébration, elle suffirait à faire écarter une demande en annulation de mariage, fondée sur la clandestinité ou l'incompétence.

Quoi de plus logique d'ailleurs ? Ce qui manquait à la célébration du mariage, la possession d'état l'ajoute, car elle constitue une publicité ajoutée après coup au mariage, et il est naturel que la cause de nullité ayant disparu, la nullité disparaisse elle-même, de même que, au cas d'impuberté, le mariage devient inattaquable soit lorsque l'époux qui était impubère est devenu pubère et que six mois se sont écoulés depuis cette époque, soit lorsque la femme qui n'était pas nubile au moment du mariage a conçu avant d'avoir atteint l'âge légal ou avant l'expiration d'un délai de six mois depuis cet âge. Il n'y a, dans tous

(1) POTHIER, *Traité du contrat de Mariage*, n° 362.

les cas, qu'une application du principe *cessante causa, cessat effectus*.

N'est-il pas naturel, d'autre part, qu'une nullité relative, à la différence d'une nullité absolue, soit susceptible d'être couverte? En effet, lorsque la loi exige la représentation de l'acte de célébration du mariage, c'est dans un intérêt d'ordre public, pour que le concubinat ne prenne point la place du mariage légitime. Toutes les fois que cet ordre public sera en jeu, la possession d'état demeurera donc dépourvue de tout effet, car elle n'est qu'une confirmation tacite. Mais, lorsqu'il en est autrement, cette règle doit disparaître, car lorsqu'une nullité est basée sur un simple intérêt privé et ne regarde en aucune façon l'ordre public, on comprend que les époux, leurs parents ou le public, soient maîtres de lui donner, après coup, une valeur qu'il n'avait pas. C'est ainsi que, lorsque le consentement des époux a été vicié par la violence ou par l'erreur, l'action en nullité cesse d'être recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation prolongée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou que l'erreur a été reconnue par lui (art. 181); la loi n'exige pas même la possession d'état, et se contente d'une cohabitation, parce que le mariage n'étant vicié que dans la volonté de l'un des époux, ni la famille, ni le public n'avaient à intervenir pour sa confirmation. Pour des raisons identiques, il n'appartient qu'à l'époux devenu majeur quant au mariage, ou aux ascendants

dont le consentement était requis, de laisser s'écouler sans réclamation le délai d'une année à l'expiration duquel ils cessent de pouvoir provoquer la nullité du mariage (art. 183). Dans ces conditions, il était logique de décider qu'un mariage annulable pour défaut de publicité cessera d'être attaquant lorsque, par la suite, il acquiert la publicité qui lui faisait originellement défaut. Et, comme, dans ce cas, les époux, les parents et le public sont également intéressés, la confirmation de ce mariage ne pourra résulter que de la possession d'état. Ainsi l'article 196 apparaît comme le complément naturel de l'article 191.

Il est vrai que l'article 196 se trouve placé dans un ensemble de textes relatifs au titre de célébration du mariage, mais il n'y a pas lieu de s'en étonner, car le législateur a souvent rapproché la célébration du mariage et l'acte qui la constate. C'est, sans doute, un défaut de méthode, mais ce défaut s'explique quand on songe que le sort du mariage est, en fait, lié à sa preuve. Le chapitre IV est intitulé : « Des demandes en nullité de mariage », ce sont donc essentiellement ces nullités que le législateur avait en vue. D'ailleurs, aucun autre article de ce chapitre ne traite des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées aux demandes en nullité fondées sur les vices dont l'acte écrit de la célébration du mariage est entaché. La publicité du mariage est un fait complexe et on ne comprendrait pas que les juges ne puissent

prendre en considération la possession d'état pour refuser d'en prononcer la nullité. Le législateur, dans l'article 196, a donc voulu parler tout ensemble des nullités relatives à l'acte de célébration et de celles relatives à l'acte qui la constate.

En conséquence, pour que la possession d'état puisse couvrir la nullité attachée à la célébration, il suffit que cette célébration existe, même irrégulière. Elle n'existerait pas, par exemple, dans le cas où il aurait été procédé au mariage devant un simple particulier, un notaire ou un curé. Dans ce cas, il n'y a pas de mariage, et il ne saurait être question d'en demander la nullité ; la fin de non-recevoir de l'article 196 ne recevrait alors aucune application (1).

La jurisprudence a fréquemment admis cette opinion et considéré que la clandestinité du mariage est couverte par la possession d'état. La plupart de ces décisions concernent, il est vrai, des mariages célébrés à l'étranger, mais elles s'appliqueraient, par identité de motifs, à des mariages célébrés en France. C'est pourquoi nous citerons quelques unes de ces décisions, bien qu'elles se rattachent directement au droit international privé qui fera l'objet du chapitre III.

Le Tribunal de la Seine ayant, le 18 juin 1873, annulé un mariage contracté en Angleterre, pour défaut de publications en France, la Cour de Paris,

(1) DALLOZ, *Répertoire*, V^o Mariage, n^o 526.

par arrêt du 24 avril 1874, cassa ce jugement, et décida que la nullité du mariage serait couverte à l'égard des époux par la possession d'état.

Considérant, dit la Cour, qu'Augustin Célarié et Pauline Bezinge, veuve Joureau, ont contracté mariage en Angleterre, le 14 août 1869, suivant les formes usitées en ce pays, en faisant bénir leur union dans l'Eglise catholique de Saint-Paul de Douvres ;

Considérant que l'acte de célébration de leur mariage a été suivi pendant deux années, jusqu'aux faits préliminaires du procès, d'une possession d'état conforme qui s'est manifestée par les faits les plus probants ;

Que les époux ont vécu comme tels en engageant immédiatement les rapports de fréquentation et d'affection que le mariage devait faire naître entre leurs deux familles ; qu'entourés habituellement de leurs parents, ils ont eu plusieurs maisons de ville et de campagne ;

Qu'un enfant est né, le 22 mars 1870, de leur union ; que leur existence commune a offert, en un mot, tous les caractères de notoriété pour le monde et d'étroite intimité pour la famille, propres à attester le lien conjugal ;

Considérant que, dès lors, aux termes de l'article 196 du Code civil, la dame Célarié n'est pas recevable à demander la nullité de l'acte de célébration de son mariage ; que vainement on soutient que l'article 196 doit s'entendre uniquement des nullités qui vicieraient en la forme l'acte de mariage, et non de celles qui, comme dans l'espèce, s'attacheraient au mariage même, à raison du défaut des publications et de l'absence du consentement requis des parents ;

Considérant que cette distinction n'est pas admissible ; que l'article 196 s'applique à toutes les nullités qui pourraient affecter l'acte, c'est-à-dire la célébration du mariage, hors les cas de vices intrinsèques, tels que l'inceste ou la bigamie, où la loi n'admet pas qu'un mariage puisse exister ; que la disposition de l'article 196 est fondée sur de hautes considérations morales qui, quelles que soient les irrégularités commises, défendent aux époux d'attaquer leur lien, quand la possession d'état, unie à l'acte de mariage, prouve qu'ils l'ont volontairement et publiquement acceptée (1).

La Cour de Paris distinguait donc nettement les vices extrinsèques de la célébration du mariage, c'est-à-dire la clandestinité et l'incompétence de l'officier d'état civil, des vices intrinsèques, tels que la bigamie et

(1) Paris, 24 avril 1874, D. 75. 2. 9. S. 75. 2. 49.

l'inceste, et elle ne reconnaissait à la possession d'état d'autre effet que de couvrir les premiers, mais non pas les seconds (1).

La formule adoptée par la Cour de Paris dans l'arrêt précité pouvait paraître trop absolue. En dehors de la clandestinité et de l'incompétence de l'officier d'état civil, y avait-il d'autres vices extrinsèques susceptibles d'être couverts par la possession d'état ? La Cour ne le disait pas.

La Cour de Cassation paraissait même avoir donné à l'article 196 une portée beaucoup plus large, dans un arrêt rendu par elle le 25 février 1839 (2).

L'espèce est rapportée comme suit dans le recueil de Sirey :

En 1829, le sieur d'Agnèse-Giro, Français, contracta mariage, à Santiago de Cuba, avec la demoiselle Cayret. Ce mariage ne fut point précédé des publications prescrites par l'article 63 du Code civil, et il eut lieu sans que le sieur Giro eût obtenu le consentement de sa mère, alors domiciliée en France, ou que des actes respectueux eussent été signifiés à cette dernière, en conformité des articles 151 et suivants du même Code.

Il paraît que le sieur Giro et la dame Cayret cohabitèrent assez longtemps ensemble après ce mariage à Santiago de Cuba : un enfant naquit même de leur union.

En 1832 le sieur Giro revint en France, et depuis lors toute cohabitation cessa entre lui et la demoiselle Cayret.

C'est en cet état de choses que le sieur Giro a formé contre la demoiselle Cayret une demande en nullité du mariage contracté à Santiago de Cuba : cette demande était fondée sur ce que la célébration du mariage n'avait pas été précédée des publications et des actes respectueux requis par l'article 170 du Code civil pour la validité du mariage contracté en pays étranger par un Français.

La demoiselle Cayret ne comparut pas sur cette demande.

(1) Voir dans le même sens : Paris, 13 juin 1836, S. 36.2. 297 ; — Cass. 8 novembre 1853, S. 56.1.17 ; — Aix, 4 mai 1857, D. 57. 2. 148 ; — Bourges, 13 juillet 1891, D. 92. 2. 599.

(2) DALLOZ, *Rép.*, V^o Mariage, n^o 527, note 1 ; S. 39. 1. 187.

Néanmoins, le 21 avril 1837, il intervint un jugement du Tribunal civil de la Seine, qui déclara le sieur Giro non recevable dans sa demande par application de l'article 196 du Code civil, attendu que le sieur Giro et la demoiselle Cayret avaient une possession d'état conforme à leur acte de mariage.

Appel de la part du sieur Giro ; mais, le 26 février 1837, arrêt de la Cour Royale de Paris qui confirme en ces termes :

Considérant que l'acte de célébration du mariage à la date du 25 mai 1829 est représenté ; que l'enfant dont, la fille Cayret est accouchée en mars 1830, a été baptisé au mois de septembre suivant comme fils légitime de l'appelant et de la femme Agnès-Giro, son épouse ; que la présomption est que la cohabitation qui, de l'aveu d'Agnès-Giro, a existé pendant les premiers mois du mariage entre lui et l'intimée, a continué dans cet intervalle ; que même l'appelant n'établit en aucune façon qu'elle ait cessé pendant plusieurs années qu'il a passées à Santiago de Cuba ; qu'il résulte de tous ces faits qu'il y a possession d'état, et qu'aux termes de l'article 196 du Code civil, le mari est non recevable à attaquer le mariage.

Le sieur Giro fit un pourvoi en cassation pour violation des articles 170, 165, 152, 321 du Code civil et fausse application de l'article 196 du même Code.

Le demandeur après avoir établi que le défaut de publications ou d'actes respectueux est une cause de nullité du mariage contracté en pays étranger par un Français, soutenait que, dans l'espèce, cette nullité n'avait été couverte par aucune possession d'état, attendu que les faits dont on prétendait l'inférer s'étaient passés en pays étranger. Or, disait-il, puisque la nullité du mariage résultait du défaut de publications en France, du défaut d'actes respectueux également en France, et qu'il était nul précisément parce que, à raison de l'omission de ces différentes formalités, il n'avait pas reçu en France toute la publicité requise, il est évident que la possession d'état, capable de couvrir ces nullités et de suppléer à ce qui manquait à la perfection du mariage, devait résulter de faits qui se seraient accomplis en France, et qui lui auraient donné une publicité suffisante.

La Cour de Cassation rejeta ce pourvoi.

L'article 196, dit cet arrêt, déclare non recevables à demander la nullité d'un mariage les époux qui représentent l'acte de célébration, et qui ont une possession d'état conforme à ce titre. Cette disposition *générale et absolue* s'applique aux mariages contractés en pays étranger comme à ceux contractés en France, et il en résulte évidemment que le vice du mariage qui aurait été suffisant à l'origine pour le faire annuler, se trouve couvert ; l'arrêt attaqué s'est uniquement fondé

sur ledit article 196 ; dès lors il n'a pu violer les articles 170, 165 et 152 (1) du même Code.

La formule adoptée par la Cour de Cassation est certainement trop large ; tous les vices dont le mariage a pu être originairement atteint ne sont pas couverts par la possession d'état : il n'en saurait être ainsi des nullités résultant d'empêchements dirimants au mariage, autres que le défaut de publicité du mariage ou l'incompétence de l'officier d'état civil. D'autre part, l'article 152 du Code civil, devenu l'article 151 du même Code, n'édicte pas pour l'absence d'actes respectueux la sanction de nullité ; il n'y voit qu'un empêchement simplement prohibitif, et, dès lors, si, nonobstant cette absence d'actes respectueux, l'officier de l'état civil a procédé au mariage, celui-ci sera inattaquable de suite et sans qu'il soit besoin d'invoquer une possession d'état conforme.

Mais cet arrêt est demeuré isolé, et les jugements qui ont reconnu à la possession d'état le pouvoir de confirmer un acte de célébration, ont toujours spécifié qu'il s'agissait d'actes dont la publicité, entendue dans un sens plus ou moins large, n'avait pas été régulière.

Sur un point cependant, parmi les partisans de cette première opinion, une controverse assez vive s'est élevée. D'après un certain nombre d'entre eux, l'article 196 établit une fin de non-recevoir non seulement en ce qui concerne les vices atteignant la publi-

(1) Remplacé par l'article 151 du Code civil, depuis la loi du 20 juin 1896.

citée proprement dite, mais encore en ce qui concerne le vice résultant de l'incompétence de l'officier d'état civil. Les termes de l'article 196 impliquent, disent-ils, cette solution. Si le législateur avait entendu ne viser dans cet article que les mariages célébrés devant un officier public « compétent », il ne se serait pas borné à parler de l'acte passé « devant l'officier de l'état civil », il eût ajouté cette condition de compétence. D'ailleurs, la nullité résultant de l'incompétence est facultative comme celle qui résulte de la clandestinité, car elle ne constitue qu'un élément de publicité, et, de plus, l'article 193 du Code civil qui prononce la peine de l'amende pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165, relatif tout ensemble à la publicité et à la compétence, décide que ces peines sont encourues « lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage (1). »

Mais, même parmi les auteurs qui ne limitent pas les effets de la possession d'état à purger les vices du titre écrit, beaucoup refusent d'étendre la fin de non-recevoir de l'article 196 au cas d'incompétence de l'officier d'état civil. Ils font observer que le texte est nettement contraire à l'interprétation opposée. L'article 196 parle de « l'officier de l'état civil » et non pas

(1) Dans ce sens : VALETTE sur PROUDHON, t. I, p. 443 ; — GÉRARDIN, *Revue pratique*, 1866, t. 21, p. 262 ; — ALBRY et RAU, 4^e édit. t. V, § 467, p. 118 ; DEMOLOMBE, t. I, n° 328.

« d'un officier de l'état civil » quelconque; il se réfère donc à l'article 165 qui détermine quel officier d'état civil peut procéder au mariage. Les travaux préparatoires ne laissent pas de doute sur la volonté du législateur à cet égard. « Dans notre législation actuelle, a dit Portalis, le défaut de présence de l'officier civil compétent a le même effet qu'avait autrefois le défaut de présence du propre curé. Le mariage était radicalement nul; il n'offrait qu'un attentat aux droits de la société et une infraction manifeste aux lois de l'Etat (1). » D'autre part, s'il est vrai que la compétence de l'officier de l'état civil est liée, dans une certaine mesure, à la publicité du mariage, il faut se garder d'en conclure que le législateur ne l'ait considérée que comme un des éléments de cette publicité. La compétence est liée à la publicité en ce sens que, si le mariage a lieu devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, cette dernière et peut-être toutes deux y seront connues et que leur mariage n'y demeurera pas ignoré.

Mais, en outre, l'officier de l'état civil joue un rôle actif dans la célébration du mariage en déclarant les époux unis au nom de la loi après l'échange de leurs consentements. Or, cette déclaration des parties qui constate leur consentement libre et réciproque et celle de l'officier d'état civil qui prononce, au nom de la loi, que l'union conjugale est formée, sont des formalités

(1) LOCRÉ, t. IV, p. 515.

substantielles, sans lesquelles il ne saurait y avoir de mariage. Sans doute, au cas d'incompétence de l'officier d'état civil, il n'y aura pas inexistence du mariage, et, sur ce point, l'article 191 du Code civil est formel ; il ne saurait être question que d'action en nullité. Seulement cette action en nullité est distincte de celle qui résulte de la clandestinité. C'est par une erreur évidente que l'article 191 dispose que « tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué..... » Il est bien certain que le législateur a voulu dire que la nullité existait dans l'un et l'autre cas, sans quoi il faudrait exiger que ces deux conditions fussent cumulativement réunies pour que la demande en nullité puisse être intentée, et nul auteur n'a jamais entendu ce texte en ce sens. Même si l'on admet que la nullité résultant de l'incompétence de l'officier de l'état civil est une nullité facultative, c'est-à-dire abandonnée à l'appréciation du juge, de même que la nullité résultant de la clandestinité, il n'en demeure donc pas moins que la possession d'état ne saurait jouer le rôle de fin de non-recevoir que lui attribue l'article 196, car il n'y a pas corrélation absolue entre l'incompétence et la clandestinité. L'article 196 parle de « l'acte de célébration », et la compétence de l'officier d'état civil est distincte de l'acte même. Si l'on comprend, d'ailleurs, que la possession d'état puisse couvrir le défaut de publicité, précisément parce qu'elle constitue

une publicité, elle ne peut avoir aucun effet sur l'incompétence de l'officier d'état civil, laquelle continuera à exister dans l'avenir, puisqu'elle a existé lors de la célébration, sauf au juge à user d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agira de déclarer si cette incompétence est de nature à porter atteinte à la validité du mariage (1).

Mais, divisés quand il s'agit de savoir si la possession d'état constitue une fin de non-recevoir lorsque le mariage a été célébré devant un officier d'état civil incompétent, les partisans de la première opinion sont du moins d'accord pour décider que la possession d'état valide après coup les unions clandestines.

Au contraire, nous pensons que l'article 196 ne se réfère point à la célébration même du mariage, mais à l'acte écrit qui la constate. Par suite d'une négligence qui, la plupart du temps, sera imputable au seul officier de l'état civil et non aux époux, l'acte écrit est entaché d'irrégularités. Les époux ou les tiers (la question de savoir si l'article 196 peut être invoqué par ces derniers ou contre eux étant réservée pour être examinée plus loin) ne pourront pas se prévaloir de ces irrégularités, qui n'empêchent pas le mariage d'avoir été valablement célébré et, sous le couvert de celles-ci, échapper aux effets légaux de ce mariage, pourvu

(1) Voir dans ce sens : MERLIN, *Rép.*, V^e Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 ; PROUDHON, t. I, p. 443 ; — ZACCHARIE, § 456 ; — et pour la jurisprudence, Trib. de la Seine, 2 juillet 1872, S. 72. 2. 248.

qu'à ce titre irrégulier vienne se joindre une possession d'état qui y soit conforme. Isolés, ces deux modes de preuve fussent demeurés insuffisants, le titre parce qu'il est irrégulier, la possession d'état parce qu'elle est l'œuvre des époux eux-mêmes et pour des raisons de morale publique; réunis, ils constituent une preuve irréfragable.

Le texte de l'article 196 semble très net à cet égard : « Lorsqu'il y a possession d'état, et que *l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté*, les époux sont respectivement non recevables à demander *la nullité de cet acte*. » De quel acte cet article peut-il parler, sinon de l'acte de célébration qui est « représenté » ? Or, quel acte peut être représenté, sinon l'acte écrit ? C'est imputer au législateur une singulière incorrection de langage que de supposer que, dans la même phrase, il a entendu le même mot dans deux sens différents.

Mais, les partisans de l'opinion contraire insistent néanmoins en se basant, ainsi qu'on l'a vu, sur l'impossibilité où l'on serait, si l'on entendait le mot *acte* dans le sens d'*instrumentum*, de faire produire à la disposition légale un effet quelconque, sur le caractère de nullité relative des vices de clandestinité et d'incompétence qui impliquerait que ces vices peuvent être l'objet d'une confirmation tacite, et sur la place occupée par l'article 196, dans un chapitre uniquement consacré aux nullités du mariage.

En ce qui concerne la prétendue impossibilité d'attribuer à l'article 196 une portée pratique si minime qu'elle soit, lorsqu'on en restreint les effets au titre qui constate la célébration du mariage, elle ne saurait embarrasser que ceux qui refuseraient d'attribuer aucune valeur aux actes dressés sur feuilles volantes. Mais si l'on admet, comme nous, que ces actes, insuffisants par eux-mêmes, peuvent être corroborés par la possession d'état, l'objection disparaît, au moins pour ce cas. Lors même que les actes inscrits sur des feuilles volantes ne pourraient pas être corroborés par une possession d'état conforme, il ne serait pas cependant impossible de répondre à cette objection. Sans doute, il est exact qu'un acte qui n'est pas absolument informe, comme cela se produirait si l'acte avait été reçu par un simple particulier ou par un officier public autre qu'un officier de l'état civil, ou encore s'il ne contenait pas le nom des parties, est toujours apprécié souverainement par le juge qui peut à son gré lui accorder ou lui refuser force probante, selon que les irrégularités de cet acte sont plus ou moins graves. Qu'en résulte-t-il ? Que l'acte n'est pas nul, mais qu'il est annulable, et, en fait, cela reviendrait tout à fait au même. En effet, on a vu que, d'une manière unanime, on refuse tout effet à un acte qui ne mentionnerait pas l'échange des consentements réciproques ou la prononciation par l'officier d'état civil de la formule par laquelle il déclare les époux unis par le mariage.

Quelques-uns exigent également la signature de l'officier d'état civil. Dans tous ces cas, si l'article 196 n'existait pas, il faudrait décider que le titre, qui seul peut servir de preuve au mariage est annulé, c'est-à-dire tenu pour nul, et cette nullité, encore qu'elle soit distincte de la nullité du mariage même, aboutirait au même résultat, *idem est non esse et non probari*; le mariage ne saurait produire ses effets qu'à la condition d'être préalablement établi. — Si, au contraire, à ce titre annulé, vient se joindre la possession d'état, la preuve du mariage sera faite, et cela suffirait pour donner à l'article 196 une portée fort utile. En outre, le titre irrégulier ne fait plus par lui seul preuve complète, même au cas où il n'est pas annulé, et le juge a un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de le rejeter ou de l'admettre; mais, si, à ce titre simplement irrégulier, vient s'ajouter une possession d'état conforme, ce pouvoir discrétionnaire échappe au juge, qui, aux termes de l'article 196, doit tenir le mariage pour prouvé.

L'interprétation extensive de l'article 196 a, sans doute, l'avantage pratique d'effacer les vices dont la célébration du mariage était atteinte et il faut convenir qu'en raison il serait désirable que le législateur l'ait admis. Il serait logique et il serait équitable qu'un mariage ne puisse pas être déclaré nul pour de simples vices de forme afférents à sa publicité, lorsque les époux ont vécu publiquement comme mari et femme, et ont

été considérés comme tels par leurs familles et par la société. Cette publicité, qui seule rendait le mariage imparfait, si elle s'y ajoute après coup, devrait, en effet, le consolider. Mais la question n'est pas de savoir ce que le législateur aurait dû faire, mais ce qu'il a fait.

Or, sur ce dernier point, les arguments des partisans de la première opinion sont d'une extrême faiblesse.

Ils commettent, d'abord, une grave confusion quand ils affirment que demander la nullité de l'acte de célébration du mariage, c'est demander *ipso facto* la nullité du mariage lui-même. En fait, la maxime *idem est non esse et non probari* est exacte; elle ne l'est certainement pas en droit. L'existence d'un droit ne dépend pas de sa preuve, il n'en est autrement que pour les actes solennels où les écrits font partie intégrante des actes mêmes, ou, comme l'on dit, *forma dat esse rei*. Mais, s'il s'agit d'un acte non solennel, où l'écrit n'est requis que *ad probationem* et non pas *ad solemnitatem*, l'acte, sauf les difficultés de la preuve, conserve toute sa valeur. Il ne faut donc pas conclure de cette prétendue identité entre les nullités du mariage et celles de sa preuve, que le législateur a pu viser tout ensemble, dans l'article 196, les unes et les autres.

Il n'est pas plus exact de s'appuyer sur la connexité qui existe entre la célébration et l'acte qui la constate, pour soutenir que, dans l'article 196, le législateur a confondu l'un et l'autre. Ce n'est là qu'une

affirmation dénuée de preuve. On fait remarquer que cet article se trouve dans un chapitre relatif aux « demandes en nullité du mariage ». Mais on ne peut rien en conclure, car l'article 196 est précédé et suivi d'articles qui ne se rapportent point à des nullités du mariage, mais simplement à sa preuve. Les articles 194 et 195, de même que les articles 197 à 200, ne sont relatifs qu'à cette dernière. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour l'article 196 ? Il s'ensuit seulement que le législateur a adopté une méthode défectueuse, et qu'il aurait dû traiter séparément des nullités et de la preuve du mariage.

Le rapprochement des articles qui entourent l'article 196 démontre clairement que la pensée du législateur a été de limiter l'effet de la possession d'état à la confirmation de l'acte écrit. Dans l'article 194, le législateur pose en principe qu'aucune preuve, pas même la possession d'état, ne saurait suppléer à la représentation de l'acte écrit : le mariage ne se prouve, dit-il, que « par la représentation de l'acte de célébration, inscrit sur le registre de l'état civil », et il n'est pas douteux que les mots « acte de célébration » se réfèrent à l'écrit dressé pour constater le mariage. Et quand l'article 195 dispose que « la possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier d'état civil », les mêmes mots ont évidemment le même sens, car il est bien certain que l'article 195 a

pour objet de préciser la règle posée dans l'article précédent. Lorsque ensuite le législateur, envisageant le cas où l'acte de célébration représenté serait irrégulier, déclare, dans l'article 196, que la possession d'état a pour effet d'effacer les vices de cet acte, on ne comprendrait pas qu'il s'agisse d'autre chose que de l'acte écrit. Puis après avoir examiné la force probante qui doit s'attacher à l'acte écrit et après avoir ainsi décidé que celui-ci devait toujours être représenté, le législateur autorise, exceptionnellement et sous certaines conditions, les enfants issus de l'union à invoquer la possession d'état d'époux légitimes qui appartenait à leurs parents et décide que, dans ce cas, « la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration ». Enfin, dans les articles 198 à 200, le législateur se préoccupe d'établir la preuve du mariage quand celle-ci vient à faire défaut par suite d'une négligence ou d'une fraude imputable à l'officier de l'état civil. La place occupée par l'article 196 au milieu de dispositions toutes consacrées à la preuve du mariage en détermine donc la portée.

Mais, dit-on, comment le législateur, qui ne s'est occupé dans aucune disposition du Chapitre IV de la demande en nullité contre l'acte écrit constatant la célébration, aurait-il entendu restreindre la fin de non-recevoir de l'art. 196 à cette demande ? Cette objection a déjà été réfutée, et on a vu que l'art. 196 conservait,

même ainsi entendu, une portée pratique très suffisante.

L'acte de célébration envisagé par cet article n'est donc autre chose que le procès-verbal qui constate la célébration, et son seul but est de s'opposer à ce qu'un acte de célébration, quelque graves que soient ses irrégularités, puisse être critiqué par les époux et peut-être même par les tiers lorsqu'il est confirmé par la possession d'état, et non pas de les empêcher d'invoquer la nullité du mariage pour d'autres motifs que ceux qui pourraient provenir du vice de l'acte de célébration.

La jurisprudence, on l'a vu, s'est généralement prononcée dans le sens contraire. Toutefois, elle ne se refuse pas à reconnaître à la possession d'état le pouvoir de corroborer l'acte écrit et elle donne, en ce sens, une interprétation fort large à l'article 196. C'est ainsi que, par arrêt du 26 juillet 1865, la Cour de Cassation a admis que cet article recevait son application même au cas où le vice de l'acte de célébration consistait en ce que cette pièce était dépourvue de la signature du célébrant et des témoins. Les termes de cet arrêt méritent d'être rapportés :

Sur les deux branches du deuxième moyen, tiré de la violation et fausse application de l'article 196 et de la violation des articles 194 et 170 du Code civil, en ce que l'arrêt attaqué aurait déclaré les demandeurs non-recevables à critiquer un acte de mariage, nul en la forme et que rien ne prouvait avoir été dressé par l'officier d'état civil compétent, lorsque, d'ailleurs, il se trouvait confirmé par la possession d'état qui l'avait suivi ; et, en outre, en ce qu'il avait été jugé qu'en tous cas un acte de mariage dressé sous l'empire de la loi du Brésil satisfaisait aux exigences de cette loi et se suffisait à lui-même, quoique inscrit sur une feuille volante et non signé par le célébrant ;

Attendu qu'aux termes de l'article 196 du Code civil, lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte ;

Attendu que, dans la cause, la possession d'état était constante et non déniée, et que la preuve en résultant se trouvait corroborée par l'acte de mariage que produisaient les syndics ; qu'à la vérité cet acte était incomplet et qu'il était prétendu que, non revêtu de la signature du célébrant, il ne pouvait légalement prouver à lui seul le mariage allégué ; mais que l'article 196 ne suppose assurément pas la représentation d'un acte de mariage de tous points valable et régulier ; qu'en effet, si cet acte se produisait dans toutes les conditions exigées pour la validité des actes de cette nature, il se suffirait à lui-même, et la possession d'état qui l'aurait suivi n'ajouterait rien à sa force probante ; que l'article 196, sainement entendu dans sa lettre et dans son esprit, dispose pour l'hypothèse d'un acte nul dans le principe, et dont la possession d'état a pu seule couvrir le vice ; qu'à cet égard, il ne distingue pas entre les diverses nullités qui peuvent l'entacher, en lui demandant d'ailleurs qu'une présomption ou un commencement de preuve dont il abandonne l'appréciation à la conscience du juge ;

Attendu que l'arrêt attaqué déclare, en fait, par une appréciation souveraine, que de l'acte produit, complété par les circonstances de la cause, résulte suffisamment la preuve que le mariage des époux Adour a été réellement célébré en 1829, au Brésil, par le prêtre compétent, et qu'en jugeant en pareille occurrence que la possession d'état des époux, conforme à cet acte, ne leur permettait pas d'exciper des nullités dont il pouvait être entaché, il n'a fait qu'une juste et saine application de l'article 196 du Code civil ;

Attendu que, la fin de non-recevoir ainsi justifiée, il devient inutile d'examiner quelle est, au fond, la valeur de l'acte, et s'il est vrai, comme l'arrêt l'atteste surabondamment, qu'il a satisfait à toutes les exigences de la loi du Brésil, et ferait, à lui seul, au besoin, preuve complète du mariage ;

Rejette, etc.... [Sirey, 65. 1. 394 ; Dalloz, 65. 1. 493.]

Il importe de remarquer que le pourvoi s'était fondé non seulement sur le défaut de signatures, mais encore sur le fait que l'acte de célébration avait été inscrit sur une feuille volante. Encore que l'arrêt n'ait pas directement discuté cette objection du pourvoi, il est certain qu'implicitement il l'a rejetée. En effet, il laisse au juge le soin de décider si, étant données les

circonstances dans lesquelles l'acte est intervenu et l'état matériel du titre, la pièce produite peut encore être considérée comme un véritable acte de célébration en dépit de son irrégularité, ou si, au contraire, elle ne constitue qu'un projet informé et sans valeur juridique. Pour la Cour de Cassation, toutes les irrégularités, quelles qu'elles soient, peuvent, sous cette seule condition, être couvertes. Et c'est pourquoi elle a déclaré que la possession d'état était susceptible de couvrir les vices résultant du défaut de signature des parties et même du célébrant. Cette jurisprudence doit être approuvée, car il importe que le sort des enfants issus de l'union soit assuré et qu'il ne dépende pas du caprice des époux d'écarter, par suite de vices de forme dans l'acte qui constate cette union, les effets légaux du mariage pour s'en tenir à ceux d'un simple concubinat.

Cette interprétation de l'article 196 a été également appliquée au cas où l'irrégularité dont l'acte de mariage est entaché consiste en ce que le nom des époux a été mal orthographié (1).

§ 3. — *Par quelles personnes la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état peut être opposée.*

Nous avons vu à quelles conditions était subordonnée la fin de non-recevoir de l'article 196, et dans

(1) Tribunal de Saint-Gaudens, 20 juillet 1891, D. 94. 2. 556, S. 96. 2. 252 (dans arrêt de Toulouse du 26 avril 1893); — et les arrêts rapportés dans D. R. V° Mariage, n° 527; Suppl. eod. n° 283, ainsi que dans le Code civil annoté de DALLOZ, article 196.

quels cas elle était opposable ; il nous reste à examiner quelles personnes peuvent s'en prévaloir.

Deux opinions sont en présence : selon les uns, il faudrait s'en tenir exclusivement au texte de l'article 196 et en restreindre les effets aux époux, car il y est dit : « Les époux sont *respectivement* non recevables à demander la nullité » ; selon les autres, la fin de non-recevoir édictée par ce texte s'appliquerait *erga omnes*.

A l'appui de la première opinion, on invoque les termes mêmes de l'article 196 qui semblent restreindre aux rapports entre époux les effets de la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état. « Point de difficulté, dit Demolombe (1), cette fin de non-recevoir n'est opposable que par l'un des époux à l'autre ; c'est ce que déclare, en termes explicites, l'article 196 qui n'est lui-même que la suite et le développement de l'article 195, où les deux époux sont déjà mis *respectivement* en présence l'un de l'autre. » On ajoute qu'il est juste que la possession d'état ne couvre les vices de l'acte de célébration que dans les rapports réciproques des époux, car elle est leur fait commun. Que si les faits postérieurs à la célébration peuvent influencer la décision d'un tribunal, même lorsque des tiers sont en cause, c'est que les irrégularités de l'acte écrit, ou même les nullités de l'acte juridique (pour ceux qui adoptent cette opinion), sont purement facultatives. Mais il ne s'ensuit pas que les époux puissent, par un acte de volonté,

(1) DEMOLOMBE, *Mariage*, t. I, n° 327.

couvrir les nullités du seul moyen de preuve dont ils soient autorisés à se servir contre les tiers, non plus que celles relatives à la publicité de la célébration de leur union.

Cette opinion, en dépit du texte de l'article 196 du Code civil, paraît trop étroite et nous pensons que la fin de non-recevoir qu'il édicte est absolue et peut être opposée par quiconque y a intérêt. L'argument tiré du texte est loin d'être aussi concluant qu'il semble au premier abord ; la loi, il est vrai, ne parle que des époux, mais il en est de même dans les articles 194 et 195. Or, lorsque la loi décide que les époux pourront prétendre à ce titre et réclamer les effets civils du mariage en reproduisant l'acte de célébration, on entend unanimement que ce ne sont pas seulement les époux qui ont ce droit, mais tous ceux, quels qu'ils soient, qui y ont un intérêt légitime. Et de même, quand l'article 195 décide que la possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront de représenter l'acte de mariage, chacun admet que non seulement les époux, mais encore aucun intéressé ne pourront se contenter de la possession d'état pour prouver l'existence du mariage. La rédaction de ces trois articles étant semblable, pourquoi ne pas reconnaître à l'article 196 la même étendue d'application qu'aux articles 194 et 195 ?

D'autre part, la possession d'état des époux a, dans l'article 197, une portée tout aussi absolue. Ainsi

l'article 196 se trouve entouré de dispositions où la possession d'état est considérée comme ayant des effets positifs ou négatifs absolus.

On objecte que la possession d'état résulte du fait personnel des époux et qu'il est juste qu'ils ne puissent se créer de titre à eux-mêmes. Mais il faut se garder de toute exagération. D'abord la possession d'état n'est pas seulement l'œuvre des époux, elle est encore celle de leurs familles et de la société. Elle est constituée par un ensemble de faits publics et constants où d'autres que les époux ont pris part. Puis, si l'on admet que cette possession d'état ne sert qu'à effacer les irrégularités du titre, il est bien évident qu'il faut un titre, pour irrégulier qu'il puisse être, et que ce titre ne sera pas l'œuvre des époux, pas plus que ne le seront la plupart du temps ses irrégularités, généralement imputables à la négligence ou à la faute de l'officier d'état civil. Même si l'on reconnaissait à la possession d'état le pouvoir de couvrir les nullités dont la publicité serait entachée, il en serait encore ainsi, la publicité donnée après coup à l'acte de célébration ayant eu, dans cette opinion, pour résultat de compléter une publicité initialement insuffisante.

Le législateur, dans l'article 196, a eu certainement pour but de consolider la situation des familles et d'assurer la légitimité des enfants. Si les époux seuls, dans leurs rapports réciproques, pouvaient se prévaloir de la possession d'état, leur situation, en

présence d'un acte irrégulier et qui n'est pas leur œuvre, serait toujours incertaine. Ils seraient mariés, sans doute, au regard l'un de l'autre, mais ils resteraient soumis à la menace des tiers. Ainsi « les époux seraient retenus dans une position irrégulière et précaire, ne pouvant ni faire annuler leur mariage, ni se remarier selon les formes voulues, et incertains du sort qu'aura leur mariage actuel, s'il est attaqué, peut-être après leur mort(1). » Or, les tiers seraient mal venus à attaquer l'acte de mariage sous le prétexte d'une irrégularité ou d'un vice de forme, car, en traitant avec les époux, ils ont agi dans la croyance qu'ils étaient mariés et dans l'ignorance des vices qui entachaient l'acte de célébration.

La jurisprudence s'est prononcée en faveur de la première opinion (Montpellier, 15 janvier 1839, S. 39. 2. 246; Lyon, 4 avril 1867, S. 67. 2. 290).

Les héritiers ou ayants cause d'un époux ont-ils le droit d'opposer à l'autre époux la fin de non-recevoir tirée de l'article 196 et peuvent-ils, en sens inverse, se la voir opposer à eux-mêmes? Cette question ne saurait se poser, si l'on voit dans la possession d'état jointe au titre une fin de non-recevoir absolue. Ceux qui ne l'admettent que dans les rapports des époux entre eux sont divisés, au contraire, sur ce point.

Selon Demante (2) les héritiers et représentants

(1) VALETTE, *Cours de Code civil*, p. 290.

(2) DEMANTE, t. I, n° 278 bis.

des époux pourraient l'invoquer contre une demande dirigée par l'un des époux contre eux, mais elle ne leur serait pas opposable. La raison de cette distinction serait que, dans le premier cas, ils représentent leur auteur dans ses rapports avec son conjoint et que l'aveu contenu dans la possession d'état doit produire ses effets même après le décès de son auteur, tandis que, dans le second, ils seraient des tiers véritables défendant leurs droits dont l'autre époux ne saurait les priver en usurpant les avantages de l'union légitime. Cette distinction ne repose, en réalité, sur aucune base juridique. Les héritiers n'ont exactement que les droits de leur auteur. Celui-ci pouvait invoquer la possession d'état jointe au titre irrégulier, et on pouvait la lui opposer dans les mêmes conditions ; il en sera ainsi des héritiers. Il paraîtra, sans doute, illogique que les héritiers soient traités autrement que les autres ayants cause des époux, qui ne devraient avoir aussi que les droits de leurs auteurs. Mais cette objection ne saurait embarrasser que ceux qui voient dans la fin de non-recevoir de l'article 196 qu'un moyen de preuve réservé exclusivement aux époux et sans effet au regard des tiers.

En résumé, la preuve normale du mariage résulte de l'acte de célébration. La possession d'état ne peut suppléer à cet acte, mais elle le corrobore quand il est irrégulier.

CHAPITRE II

EXCEPTION APPORTÉE, EN FAVEUR DES ENFANTS,
AU PRINCIPE QUE LA POSSESSION D'ÉTAT NE SUPPLÉE PAS
A LA REPRÉSENTATION DE L'ACTE DE CÉLÉBRATION DU
MARIAGE.

En principe, ainsi qu'il a été exposé, le mariage ne peut pas être établi par la simple possession d'état des époux et celle-ci ne sert qu'à corroborer l'acte de célébration irrégulier en la forme.

Cette règle ne comporte pas d'exception en ce qui concerne les époux eux-mêmes. Il résulte, sans doute, de l'article 46 du Code civil que, lorsqu'il n'a pas existé de registres ou lorsque ces registres ont été détruits, la preuve du mariage pourra se faire tant par titres que par témoins. Mais cette preuve doit porter sur la célébration même et la possession d'état ne saurait la remplacer (arg. art. 195 C. civ.). De même la preuve du mariage peut également résulter d'une procédure criminelle, au cas où une infraction aurait été commise et aurait eu pour conséquence la suppression de l'acte de célébration du mariage (art. 198 C. civ.) : par exemple si les registres ou l'acte avaient été détruits, supprimés, soustraits, détournés, altérés ou falsifiés.

La procédure suivie, qu'il s'agisse d'action civile ou d'action publique, a pour but essentiel, en faisant constater judiciairement la culpabilité de l'auteur de l'infraction, d'assurer la reconstitution de la preuve altérée ou détruite au moyen d'une transcription du jugement sur les registres de l'état civil. La preuve devra donc porter encore sur l'existence de la célébration du mariage. Il se pourrait, d'ailleurs, que les époux puissent, dans un cas spécial, prouver la légitimité de leur union, soit au moyen de la procédure criminelle, soit au moyen de la possession d'état ; nous voulons parler du cas où l'acte a été inscrit sur une feuille volante.

Si l'on admet notre opinion, l'acte inscrit sur une feuille volante constitue, en effet, un acte irrégulier susceptible d'être corroboré par la possession d'état. Or, l'inscription d'un acte de l'état civil sur une feuille volante est un délit, ainsi qu'il résulte des termes de l'article 192 du Code pénal, et il est très généralement admis que les dispositions de l'article 198 du Code civil sont applicables dès lors que le défaut de preuve régulière est le résultat d'une infraction, en dépit de l'expression de procédure criminelle qui se rencontre dans ce dernier article, parce que cette expression a été prise dans son sens générique, que le cas du délit, dont il s'agit, avait même seul été envisagé au cours des travaux préparatoires, que la terminologie et la classification des diverses infractions n'était pas encore

arrêtée au moment de la rédaction du Code civil, et qu'il n'y a aucune raison sérieuse de distinguer entre le crime et le délit puisque leur résultat est le même. Ainsi, lorsque l'acte de célébration aura été inscrit sur une feuille volante, les époux auront le choix, ou de faire rétablir l'acte sur les registres pour s'en prévaloir ensuite, ou de se servir de la possession d'état pour revendiquer la qualité d'époux et les effets civils du mariage.

L'une de ces deux voies n'est donc pas exclusive de l'autre, car elles ne tendent pas aux mêmes effets, et l'on conçoit que les époux aient recours tout d'abord à la présomption de l'article 196, qui leur permettra de répondre sans délai à une attaque dont ils seraient l'objet, sauf à introduire ensuite l'action en rétablissement de l'acte sur les registres, qui exigera forcément un certain temps avant que le jugement ait été transcrit. Si, à l'époque où ils prétendent se prévaloir de la possession d'état, la procédure était commencée devant une juridiction de répression, on ne pourrait pas leur opposer la règle que « le criminel tient le civil en état », car les deux instances sont entièrement distinctes, et les jugements à intervenir n'ont entre eux aucune connexité, de sorte qu'on ne saurait dire que la décision du tribunal civil constituait un préjugé de fait favorable ou défavorable au prévenu.

Mais si la possession d'état ne peut jamais servir, au regard des époux, que de complément à la repré-

sensation de l'acte de célébration, il n'en est plus de même lorsqu'ils sont décédés tous deux, après avoir vécu publiquement comme mari et femme, et qu'ils ont laissé des enfants issus de leur union.

Il serait injuste de reprocher à ces enfants de ne pas produire l'acte de célébration, car ils peuvent légitimement ignorer dans quel lieu leurs parents se sont mariés. Vainement dirait-on qu'ils ont dû l'apprendre de leurs parents, car ceux-ci étaient peut-être morts avant qu'ils puissent se renseigner auprès d'eux. Quant à leur famille, ce sera bien souvent leur adversaire et elle n'aura que trop d'intérêts à contester leur état.

Aussi notre ancienne jurisprudence autorisait-elle les enfants à se prévaloir de la possession d'état de leurs parents. Les rédacteurs du Code se sont inspirés de cette jurisprudence : « Des conjoints, dit Portalis, ne peuvent raisonnablement ignorer les lieux où ils ont contracté l'acte le plus important de leur vie, et les circonstances qui ont accompagné cet acte ; mais, après leur mort, tout change. Des enfants, souvent délaissés dès leur premier âge par les auteurs de leurs jours, ou transportés dans des contrées éloignées, ne connaissent et ne peuvent connaître ce qui s'est passé avant leur naissance. S'ils n'ont point reçu de documents, si les papiers domestiques manquent, quelle sera leur ressource ? La jurisprudence ne les condamne pas au désespoir. Ils sont admis à prouver que les

auteurs de leurs jours vivaient comme époux et qu'ils avaient la possession d'état (1). »

D'ailleurs, la loi doit protéger en cas de doute la légitimité de l'enfant, surtout en présence de la réelle impossibilité de fait où il se trouve de l'établir par la production de l'acte de mariage de ses parents.

En outre, la possession d'état de ceux-ci n'est pas l'œuvre de l'enfant, mais des parents eux-mêmes, des familles et de la société. On ne peut donc pas objecter à l'enfant, comme on l'eût fait à ses parents, qu'il se crée ainsi un titre à lui-même.

Que si, en fait, il arrive qu'à la faveur de cette possession d'état d'époux qu'ont eu ses parents, un enfant naturel arrive à usurper les avantages de la légitimité, ce sera là un faible inconvénient, si on le compare à la grave injustice qui eût été faite aux autres enfants si on avait exigé d'eux la même preuve qu'à l'égard de leurs parents ; et même lorsque cet inconvénient se réalisera, le scandale sera faible puisque les parents étaient tenus universellement pour mariés. C'était le cas d'appliquer la maxime *error communis facit jus*.

Pour toutes ces raisons, la loi a dispensé les enfants de représenter l'acte de mariage de leurs parents.

Aux termes de l'article 197 du Code civil : « Si

(1) LOCRÉ, *Exposé des motifs*, t. IV, p. 516 et 517, n° 55. — Cf. LOCRÉ, *Discussion au Conseil d'Etat*, t. IV, p. 420, n° 20.

néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance. »

Il convient d'examiner successivement à quelles conditions est subordonnée l'exception admise par cet article et par qui elle peut être invoquée.

SECTION I

A quelles conditions est subordonnée l'exception de l'article 197

La faveur accordée aux enfants par l'article 197 est subordonnée par ce texte à quatre conditions : Il faut que les auteurs de l'enfant soient tous deux décédés ; qu'ils aient eu la possession d'état d'époux ; que les enfants aient eux-mêmes la possession d'état d'enfants légitimes ; enfin que leur propre possession d'état ne soit pas contredite par leur acte de naissance.

§ 1. — *Décès des auteurs de l'enfant ; cas qu'il convient d'assimiler au décès.*

D'abord les auteurs de l'enfant doivent être tous deux décédés, sans cela l'enfant pourrait savoir par ses parents ou tout au moins par le survivant en quel lieu a été célébré leur union.

Mais, est-ce le seul cas où les enfants sont dans

l'impossibilité de représenter l'acte de mariage de leurs parents ? S'il en existe d'autres cas, faut-il assimiler ces circonstances à la mort même des parents, et permettre aux enfants de se prévaloir de la possession d'état de leur auteur.

Il est certain que la folie ou l'absence de leurs parents mettent éventuellement les enfants dans une situation de fait identique à celle où ils se trouveraient placés si ces parents étaient décédés. Mais la question de savoir s'il convient d'assimiler la folie ou l'absence à la mort est vivement controversée.

Certains auteurs se prononcent en faveur de la solution négative. D'après eux, l'enfant ne pourra invoquer la possession d'état de ses parents que lorsqu'ils seront tous deux décédés.

D'abord, dit-on, tel est le texte même de l'article 197. Or cet article apporte une dérogation au droit commun en ce qui concerne la preuve du mariage qui ne doit normalement résulter que de la représentation d'un acte de célébration. Cette exception doit donc être strictement limitée dans les termes de la disposition qui l'édicte, en vertu de la règle : « *Exceptio est strictissimæ interpretationis* ». La première condition posée par l'article 197, c'est que les parents soient tous deux décédés : il faut s'y tenir.

Il doit d'autant plus en être ainsi, ajoute-t-on, que toutes les fois où le législateur a voulu assimiler au décès la folie ou l'absence, il a pris soin de le dire. Par

exemple, l'article 149 du Code civil décide que, quand l'un des parents est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté (de consentir au mariage), le consentement de l'autre suffit. Et une règle analogue se trouve reproduite dans les articles 150 et 160.

D'ailleurs, il ne serait pas exact de dire qu'il y eût même raison de décider en cas de folie ou d'absence et au cas de décès, car les deux premières peuvent cesser d'un moment à l'autre, au lieu que le décès est forcément définitif.

Le résultat auquel on aboutirait éventuellement en cas de retour de l'absent ou de cessation de la démence serait même de nature à faire rejeter toute assimilation avec l'hypothèse du décès. Le fou qui a recouvré la raison, comme l'absent de retour, pourront-ils contester la légitimité de l'enfant ? Si à cette question on répond affirmativement, il est facile d'apercevoir que la situation de l'enfant n'en sera guère améliorée, sa légitimité demeurant toujours en suspens. On ne peut d'ailleurs admettre en droit une légitimité conditionnelle et provisoire, car on est légitime ou on ne l'est pas ; l'état d'une personne ne saurait être que définitif. Si, au contraire, on répond négativement, la légitimité de l'enfant demeurera acquise, alors que leurs parents ne pourront pas prouver leur mariage ou même devront reconnaître qu'ils ne sont pas mariés. « D'un côté, dit M. Demolombe (1), on verra

(1) DEMOLOMBE, t. I, n° 396.

un concubin ou une concubine et de l'autre un enfant légitime : monstrueux assemblage des idées les plus inconciliables, téméraire paradoxe, qui trouble l'ordre social, crée un édifice sans base, une légitimité sans famille, et nous fait voir des membres épars, là où il devrait y avoir un tout indivisible. » Afin d'arriver à ce résultat, des concubins pourraient même s'absenter volontairement ou simuler la folie.

La jurisprudence se prononce en ce sens (Toulouse, 24 juin 1820, S. 1820. 2. 280). La Cour de Paris l'a ainsi décidé dans un arrêt en date du 21 juin 1853 (D. 55. 2. 341 ; S. 53. 2. 375) :

Considérant, dit la Cour, que l'article 197 du Code Napoléon, qui défend de contester la légitimité des enfants nés d'individus qui auraient vécu publiquement comme mari et femme et seraient décédés l'un et l'autre, sous le seul prétexte du défaut de représentation d'acte de célébration quand, d'ailleurs, une possession d'état conforme à l'acte de naissance établit la légitimité, constitue une présomption légale ;

Que les présomptions de ce genre ne peuvent ni se suppléer ni s'étendre ;

Qu'aucune preuve, en effet, n'étant admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice, on ne pourrait, sans tomber dans l'arbitraire, l'appliquer à d'autres cas que ceux que le législateur a prévus ;

Considérant qu'aux termes de l'article 197, c'est au décès préalable des père et mère qu'est subordonnée la dispense de rapporter la preuve légale du mariage ;

Que la déclaration d'absence ne peut remplacer l'acte de décès ;

Que si, en effet, l'absent se retrouvait, ce que prévoit la loi, il pourrait arriver qu'après une décision de justice proclamant la légitimité d'enfants n'ayant en leur faveur que des apparences trompeuses, la non-existence du mariage fût démontrée ; que l'état des citoyens et le sort des familles ne peuvent être livrés à de perpétuelles incertitudes ;

Confirme, etc

Malgré la gravité des raisons sur lesquelles s'appuient ceux qui pensent qu'on ne doit pas assimiler l'absence ou la folie au décès, l'opinion contraire nous semble préférable.

D'abord, dans notre ancien droit, la preuve par la possession d'état était très largement admise en faveur des enfants. C'est ainsi qu'après la mort des époux, les collatéraux n'étaient pas admis à demander la nullité du mariage, dès lors que, durant leur vie, les époux avaient eu la possession d'état d'époux légitimes (1). Cette règle avait été admise surtout en faveur des enfants issus de mariages faits *au désert* par les protestants après la Révocation de l'Edit de Nantes (2).

« Lorsque la possession, dit Denisart (3), est conforme à l'état que donne l'acte baptistaire, il n'y en a pas de mieux assuré. Celui qui réunit ces deux avantages est à l'abri de toute contestation. — On peut tout au plus lui contester sa légitimité en prétendant que ses père et mère n'ont pas été mariés. Mais lorsque celui dont on conteste la légitimité sous un pareil prétexte a été baptisé comme enfant légitime et élevé comme tel par ses père et mère, qu'il a toujours été en possession de légitimité, il est rare qu'on parvienne à le faire déclarer bâtard. On n'exige pas qu'il rapporte une

(1) Voir les arrêts cités en notes pp. 23, 28 et 33, et surtout l'arrêt du Parlement de Paris du 10 mars 1763 (Delorme). — GUYOT, *Répertoire*, t. XI, V^o Mariage.

(2) Voir notamment les arrêts du Parlement de Normandie du 26 juin 1760 et du 14 août 1769. — GUYOT, *Répertoire*, V^o Religioneux, t. XV, p. 107, § 5. — MERLIN, *Répertoire*, V^o Religioneux, n^o 4.

(3) DENISART, V^o Question d'Etat, § 2, p. 9.

preuve rigoureuse du mariage de ses père et mère et l'on se contente d'un titre énonciatif de l'acte de mariage. » On voit que, à cette époque, on n'exigeait pas que les père et mère fussent tous deux décédés pour admettre les enfants à se prévaloir de la possession d'état.

Sans doute, le texte de l'article 197 stipule expressément cette condition du double décès. Mais le but du législateur est trop certain pour qu'il faille hésiter à le faire prévaloir sur le texte. La loi a voulu permettre aux enfants de remplacer une preuve qu'il leur est impossible en fait de rapporter par une présomption fondée sur la possession d'état. Que les époux soient tous deux décédés, qu'ils soient absents ou déments, l'impossibilité à laquelle le législateur a voulu remédier demeure la même, les enfants ont donc droit à la même protection.

On objecte que l'article 197 est un texte exceptionnel et doit par suite s'interpréter strictement. Cette règle d'interprétation, juste en soi, ne doit pourtant pas être exagérée. Si l'article 197 n'a parlé que du cas où les parents seraient tous deux décédés, c'est qu'il n'a envisagé que l'hypothèse ordinaire. La folie et l'absence sont des anomalies que le législateur n'a pas prévues. Il a statué *de eo quod plerumque fit*.

S'il en avait été autrement, le législateur, s'écartant de la jurisprudence de nos anciens Parlements, eut été amené à le dire ; il eut déclaré que la possession

d'état d'époux ne pouvait pas être invoquée par les enfants lorsque leurs parents encore vivants seraient absents ou fous. Or, si l'on se reporte aux travaux préparatoires, on voit que le législateur n'a rien dit à cet égard.

Il est vrai que dans d'autres dispositions (art. 149, 150 et 160) le législateur du Code civil a pris soin de spécifier qu'il entendait assimiler au décès les cas où les parents seraient dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Mais, dans ces articles, il s'agissait du consentement que des parents, désignés par la loi, doivent donner au mariage. Le législateur se trouvait dès lors tout naturellement appelé à s'occuper du cas où ces parents ne pourraient pas manifester leur volonté. Or, tandis que les articles 149, 150 et 160 statuent sur des cas de nature à se rencontrer fréquemment, l'article 197 statue pour un cas très rare, celui où les enfants ignorent le lieu où leurs parents se sont mariés, et le législateur ne se trouvait pas nécessairement amené à envisager le cas où les parents seraient dans l'impossibilité physique ou morale de manifester leurs idées : Si le législateur ne pouvait pas manquer de préciser comment on suppléerait, au cas de folie ou d'absence, à un consentement nécessaire pour qu'un mariage put être contracté, son attention n'a pas été appelée sur ce même cas quand il s'agissait non d'une question de consentement, mais d'une simple question de preuve du mariage des parents.

Il ne faut donc pas s'en tenir étroitement au texte de l'article 197, sous le seul prétexte qu'il est exceptionnel. Ainsi que le dit M. Laurent (1) : « il y a des cas où l'exception elle-même forme une espèce de règle en ce sens qu'elle découle d'un principe général. Quel est le principe dont l'article 197 fait application au cas de décès ? Quand l'enfant a ses père et mère, il doit produire l'acte de célébration de leur mariage, parce qu'il peut apprendre par eux où leur union a été célébrée. Cela suppose que les parents peuvent manifester leur volonté ; mais s'ils sont absents ou aliénés, comment l'enfant apprendra-t-il par eux le lieu où ils se sont mariés ? Il y a ici une impossibilité légale, aussi grande que celle qui résulte du décès. Donc, l'enfant doit avoir le droit d'invoquer le bénéfice de la loi, en cas d'absence ou de démence, aussi bien qu'en cas de décès. Ce n'est pas étendre l'exception, c'est l'appliquer. »

Le retour ou la guérison des parents peut bien démontrer que les enfants jouissent à tort d'une légitimité qu'ils ne doivent qu'à la présomption de l'article 197. Nous admettrions alors que les adversaires des enfants pourraient réserver leurs droits en vue de ces éventualités. Si elles viennent à se produire, la contestation de légitimité des enfants pourra être utilement renouvelée. Sans doute le sort de la légitimité sera ainsi tenu en suspens. Mais ne vaut-il pas mieux

(1) LAURENT, t. III, n° 10.

pour les enfants de leur attribuer, même provisoirement, un état conforme à leur propre possession d'état et à celle de leurs auteurs, que de leur en attribuer un autre? N'est-ce pas le lieu de se montrer favorable à la légitimité, au risque d'une erreur? A procéder ainsi, on ne peut redouter qu'un seul véritable danger, à savoir que les tiers ne soient pas protégés en vue d'une restitution éventuelle des biens adjugés provisoirement aux enfants. Ce danger est moins redoutable qu'il ne semble. D'abord il n'existe pas en ce qui concerne les biens venant des parents. Au cas d'absence, en effet, les enfants « ne pourront se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, qu'à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration » (art. 120); ils devront, en outre, faire inventaire et vendre, s'il y a lieu, tout ou partie du mobilier et faire emploi du prix (art. 126); et ce n'est que trente ans après l'envoi en possession provisoire ou lorsqu'il se sera écoulé cent ans depuis la naissance de leurs parents absents que les cautions seront déchargées et que l'envoi en possession définitif pourra être prononcé par le tribunal (art. 129). — Au cas de folie, les enfants ne pourront que provoquer l'interdiction et se faire désigner comme tuteurs. — Ce danger n'existe pas davantage en ce qui concerne les biens qui adviendraient aux enfants du chef de parents autres que leurs père et mère, puisqu'ils ne pourraient

y prétendre que comme représentants de ces derniers. Provisoirement les biens ainsi advenus aux enfants seraient donc traités comme biens d'absents ou d'interdits; et ce n'est qu'à l'époque de l'envoi en possession définitif (basée sur une présomption de mort) ou du décès qu'il en acquerreraient la propriété. ;

Il est d'ailleurs inexact d'affirmer que l'état d'une personne est nécessairement définitif. Au contraire, la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que les jugements relatifs à l'état et à la capacité des personnes ne jouissent que de l'autorité relative de la chose jugée (v. art. 100 du C. civ). Or, si l'on ne reconnaît à ces jugements qu'une autorité purement relative, il est bien évident qu'un jugement rendu par un tribunal déterminé sur une question d'état, pourra être contredit par un jugement postérieur en sens contraire. Ainsi, il arrivera qu'un enfant aura la qualité d'enfant légitime au regard d'une personne et celle d'enfant naturel au regard d'une autre. Mais ce sont là des inconvénients beaucoup plus théoriques que pratiques, parce que rarement deux possessions d'état concordantes se trouveront en fait contraires à la réalité. Si le reproche était fondé, il s'adresserait en tous cas, au législateur qui n'a point dérogé, en notre matière, au principe général posé par l'article 1351 du Code civil. L'état d'une personne, lorsqu'il résulte d'un jugement, n'est donc pas déterminé d'une façon absolue et définitive. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner

qu'il en soit ainsi pour les enfants qui revendiquent la qualité de légitimes en se prévalant, à cet effet, de la possession d'état de leurs parents.

Nous admettons donc que l'article 197 du Code civ. reçoit son application non seulement lorsque les père et mère sont tous deux décédés, mais encore lorsqu'ils sont fous ou absents. Il est à peine besoin d'ajouter qu'il en serait de même si l'un était décédé et l'autre absent ou fou, si l'un était absent et l'autre fou, etc.....

Il convient de remarquer que, si la démence, dûment constatée, suffit pour que les enfants puissent invoquer la possession d'état de leurs parents, il n'en est pas de même de l'absence. La simple présomption d'absence ne suffirait pas; il faut que l'absence ait été déclarée. Ce n'est pas que l'impossibilité de prouver le mariage par la représentation de l'acte de célébration n'existe aussi bien lorsqu'il y a présomption que lorsqu'il y a déclaration d'absence. Mais la déclaration d'absence repose seule sur une présomption de décès; seule, elle lui est assimilable. La première période, celle de la présomption, suppose simplement que des doutes se sont élevés sur l'existence de celui qui a disparu de son domicile et dont nul n'a reçu de nouvelles. Ce doute est encore trop faible pour qu'on lui fasse produire pour effet d'autoriser les enfants à avoir recours à la preuve exceptionnelle de l'article 197. D'autre part, si l'on admettait le juge à autoriser cette

preuve pendant la période de la présomption d'absence, il serait à craindre que le père ou la mère, désireux d'assurer à leur postérité les avantages d'une légitimité à laquelle elle n'a point de droit, ne simulent l'absence. Cette crainte paraît peu fondée si cette absence doit se prolonger sans nouvelles pendant au moins cinq années.

Avant l'abolition de la mort civile par la loi du 31 mai 1854, on décidait unanimement que le mot *décédés* employé dans l'article 197 excluait de la preuve admise par cet article les enfants de l'individu mort civilement. En effet le mot *décès* ne s'entend que de la mort naturelle et, de plus, il n'était pas impossible aux enfants de savoir quel était le lieu du mariage de leurs père et mère.

L'extension des dispositions de l'article 197 aux enfants des absents ou des fous, est-elle, néanmoins, la seule possible? Ne faudrait-il pas aller encore plus loin et admettre en preuve la possession d'état, lorsque l'état de l'enfant est contesté précisément par le survivant des père et mère, sans motif légitime? Par exemple un enfant réclame contre son père sa part dans la communauté ayant existé entre celui-ci et sa femme prédécédée ainsi que dans la succession de cette dernière, et, à cette demande le père oppose qu'il n'y a pas eu de communauté parce qu'il n'y a pas eu de mariage, et que les droits de l'enfant dans la succession sont ceux d'un enfant naturel et non pas ceux d'un

enfant légitime. A qui incombera la charge de prouver qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu de mariage ? Au père qui oppose cette fin de non-recevoir ou, au contraire, à l'enfant qui se dit légitime et qui se prévaut de la présomption inscrite dans l'article 197 ?

Quelques auteurs (1) ont soutenu que le père devait établir le bien-fondé de sa prétention. L'enfant, d'après eux, prouve suffisamment le mariage de ses parents en invoquant leur propre possession d'état et la sienne. Il ne suffirait pas de lui opposer qu'il est tenu de rapporter l'acte inscrit sur les registres de l'état civil, car c'est lui demander une preuve impossible. Que si, en l'espèce, l'impossibilité n'est pas matérielle, elle n'en existe pas moins comme au cas de folie ou d'absence. Le but de l'article 197 est de venir au secours de l'enfant, toutes les fois qu'il est absolument empêché d'établir sa légitimité par la représentation de l'acte de célébration. Mais, de même que le législateur n'a pas songé aux cas de démence et d'absence, de même il a présumé que tant que l'un de ses auteurs vivrait, l'enfant pourrait facilement se procurer cet acte, sans envisager l'hypothèse où l'enfant se trouverait en butte à la résistance intéressée ou à la mauvaise volonté de ses parents.

Cette solution est généralement rejetée et avec raison.

(1) DURANTON, t. II, n° 254 ; — ALLEMAND, t. I, n° 439 ; — DELVINCOURT, t. I, p. 69, note 2.

Le texte de l'article 197 est fort net sur ce point, il exige que les parents soient tous deux décédés ; il exclut donc *in terminis* le cas où l'un d'entre eux vit encore.

On affirme que l'enfant invoquera la double possession d'état de ses parents et de lui-même. Mais, dès lors que le survivant dénie à l'enfant sa légitimité est-il encore exact de soutenir que l'enfant peut se prévaloir de sa propre possession d'état ? Il ne le semble pas, car la véritable possession d'état d'enfant légitime implique qu'il est tenu pour tel par ses parents ou par le survivant d'entre eux.

L'esprit de la loi s'oppose également à l'adoption de cette solution, car, pour que l'article 197 puisse recevoir application, il faut qu'il y ait impossibilité absolue pour les enfants de s'adresser à leurs père ou mère pour connaître le lieu de leur mariage. Même lorsqu'en réalité il y a eu mariage et que, par intérêt ou entêtement, le survivant le nie, on peut supposer que sa volonté se modifiera et qu'il dira plus tard quel est le lieu du mariage. L'extension donnée à l'article 197 serait donc bien plus considérable que quand il s'agit de parents déments ou absents, puisque, dans ce cas, l'impossibilité actuelle d'obtenir les renseignements nécessaires est absolue et qu'il apparaît comme tout à fait improbable que cette impossibilité vienne un jour à cesser par le retour de l'absent ou la guérison de l'aliéné.

Au reste, l'article 197 établit une présomption.

Or, si un parent refuse d'indiquer le lieu où le mariage a été célébré et nie l'existence même de ce mariage, comment ne pas présumer que c'est parce que sa prétention est conforme à la vérité ? On ne peut admettre facilement qu'un père et surtout une mère n'hésiteraient pas avant de traiter leurs enfants comme bâtards et de se traiter eux-mêmes comme concubins. Encore qu'on puisse penser que la bâtardise et le concubinat soient regardés comme moins infamants dans notre société contemporaine qu'à l'époque de la rédaction du Code civil, il n'en demeure pas moins naturel de penser qu'un père ou une mère n'auront pas recours à de tels procédés. Présomption pour présomption, il était plus logique de reconnaître que, si l'acte de célébration n'est pas représenté et si le survivant des parents nie l'existence même du mariage, c'est qu'il y est contraint par la vérité ; et puisqu'il n'y avait aucune bonne raison de s'écarter du principe ordinaire, il fallait repousser, dans ce cas, la présomption qui, aux termes de l'article 197, permet exceptionnellement aux enfants de prouver le mariage de leurs parents au moyen de la possession d'état.

On insiste en disant qu'il pourrait être démontré, par des faits accessoires, que la négation du survivant des parents est mensongère. Par exemple, l'époux qui conteste la légitimité de son enfant, peut avoir autrefois déclaré cet enfant comme légitime et avoir signé cette déclaration. N'est-il pas évident, dès lors, que sa

contestation actuelle est sans fondement; puisqu'il se contredit lui-même? Dans ce cas, cet époux devrait être déclaré non recevable dans sa prétention. — La réponse à cette objection est que la loi a réglementé le mariage et l'état civil des personnes, et qu'il n'appartient pas plus aux parents qu'à des tiers de modifier, à cet égard, les règles légales. Or, l'acte de naissance prouve la naissance, mais non pas la légitimité. Qu'on ait donné ou non à l'enfant la qualification de légitime dans l'acte de naissance, il n'importe donc en aucune sorte, puisque seul l'acte de mariage établit la preuve de la légitimité.

Les conséquences d'un tel système suffiraient, du reste, à le faire repousser. Le survivant serait non-recevable à se fonder sur le défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage, et, l'enfant, grâce à la présomption de l'article 197, serait appelé à partager avec lui les communauté et succession du décédé. Mais il se pourrait que la famille maternelle ou même des tiers aient également des droits à faire valoir à ce sujet. Que décidera-t-on? Il faut bien admettre que la fin de non-recevoir qu'on oppose au père est sans effet à leur égard, et, comme, en ce qui les concerne, l'enfant ne peut invoquer la présomption de l'article 197, il n'aura que les droits de l'enfant naturel. Mais voici que le survivant décède.

Quels seront les droits de l'enfant sur sa succession? Les héritiers du survivant devraient n'avoir à

son égard que les droits de leur auteur, et, puisque, vis-à-vis de celui-ci, l'enfant était tenu pour légitime, il faudrait lui donner sur la succession du survivant ceux d'un enfant légitime. Mais, c'est impossible parce que précisément cet enfant n'a jamais eu la possession d'état d'enfant légitime par rapport au survivant, qui n'a pas voulu le traiter comme tel et lui a publiquement dénié cette qualité. L'enfant sera donc considéré comme illégitime. Alors apparaîtra une situation vraiment anormale : l'enfant sera tenu pour légitime dans la succession du prédécédé et comme illégitime, tant dans cette même succession au regard des tiers, que dans la succession du survivant.

La vérité est donc que la loi a refusé de tenir compte de l'opposition d'intérêts entre le survivant et ses enfants.

La Cour de Toulouse s'est prononcée en ce sens (1).

Attendu, dit l'arrêt, que, même dans le cas où la partie de Marion (Olympe) aurait tous les avantages qui lui manquent, c'est-à-dire un acte de naissance signé par le sieur Bajeau, et soutenu par la possession d'état d'époux et d'épouse de ce dernier et de Justine Gravin, et par celle d'enfant légitime, elle ne pourrait être reconnue telle sans rapporter l'acte de célébration du mariage légal de ses père et mère ; qu'en effet, la loi n'exempte de la représentation de cet acte, que les enfants de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui sont tous deux décédés ; que cette dérogation à la règle générale établie seulement en faveur des orphelins, et pour prévenir l'oppression à laquelle leur état d'abandon pourrait les exposer, ne peut être étendue au cas où l'enfant, conservant l'un des deux auteurs de ses jours, trouve en lui un protecteur que les sentiments de la nature portent à veiller attentivement à la conservation de ses droits, et qui a les moyens nécessaires

(1) Toulouse, 24 juillet 1826, DALLOZ, *Répertoire*, V^o Mariage, n^o 422, note 2 ; SIREY, 27. 2. 224.

pour les mettre à l'abri de toute atteinte ; qu'à la vérité, quelques commentateurs ont pensé qu'il fallait faire profiter de l'exception portée en l'article 197 du Code civil l'enfant auquel il reste un de ses père et mère, dans le cas où cet auteur survivant serait absent, ou en état de démence ; mais que cette opinion n'a pas été autorisée par la jurisprudence des arrêts ; qu'elle a même été combattue par la Cour Royale de Toulouse, dans un arrêt rendu le 24 juin 1820 entre les enfants Legrand et les enfants Dubois, et par lequel les premiers furent assujettis à rapporter la preuve légale du décès de Pélagie Duvergier, épouse présumée survivante, par le motif que la très longue absence de cette dernière ne pouvait pas équipoller à la preuve légale de son décès, malgré les nombreuses circonstances qui rendaient presque certain ce même décès ; que, d'ailleurs, c'est bien vainement qu'étendant encore plus loin l'exception unique contenue dans l'article précité, on a prétendu que le sieur Bajeau devait être réputé mort, dans l'intérêt de la partie de Marion, puisqu'au lieu de lui prêter le moindre secours, il se montrait son plus cruel ennemi, en lui contestant l'état qu'elle réclame ; que cette doctrine, subversive de tous les principes, ne peut se soutenir, et qu'elle fournirait à une aventurière les moyens de s'introduire dans une famille, malgré l'opposition du père contre lequel elle réclame, et qui la méconnaît et la repousse ; que si, dans quelques cas, que la voix de la nature rendra toujours très rares, un enfant légitime peut être privé de son état par l'effet de l'éloignement et de la haine de l'auteur de ses jours, il arriverait bien plus souvent que le repos des familles serait troublé par les tentatives des individus que la cupidité voudrait y introduire, si les pères n'avaient pas les moyens nécessaires pour les faire échouer, et que, dans l'impossibilité de tout prévoir, les lois, dont le but principal est le maintien de l'ordre social, ont dû s'attacher à réprimer les atteintes les plus communes et les plus graves qui peuvent lui être portées ;

Attendu que, de tout ce que dessus, il résulte que les premiers juges ont très mal à propos admis la partie de Marion à la preuve par elle offerte, et que la Cour, faisant droit sur l'appel et réformant, doit, d'ores et déjà, reconnaître que la dite partie de Marion n'a aucun droit à l'état d'enfant légitime du sieur Bajeau, qu'elle réclame.

Par ces motifs, etc.....

Le décès des parents peut intervenir au cours d'une instance. Un enfant intente une demande en déclaration de légitimité, alors que l'un de ses parents est encore vivant. Cette demande est repoussée par le juge, parce que l'enfant ne peut produire l'acte de mariage de ses père et mère et ne peut pas davantage

invoquer la présomption de l'article 197 du Code civil. Il interjette appel de ce jugement. Avant que l'arrêt soit rendu, le survivant meurt. Il n'est pas douteux que, dans cette hypothèse, l'enfant pourra invoquer en appel la disposition de l'article sus-visé. C'est ce qu'a décidé la Cour de Metz, dans un arrêt du 2 mars 1870 (D. 70. 2. 166 — S. 70. 2. 269).

Attendu, dit l'arrêt, que les dames Requin et Saint-Laurent ont conclu, devant le Tribunal de Rocroi, à ce qu'il soit déclaré qu'elles sont filles légitimes du sieur André Métra, décédé à Givet le 20 février 1868; qu'en conséquence, elles ont, en cette qualité, droit à la succession dudit Métra, à l'exclusion de tous collatéraux;

Attendu qu'à l'appui de leur prétention, elles invoquaient leurs actes de naissance et une possession d'état conforme à ces titres, qui leur attribuent la qualité de filles légitimes d'André Métra et de Marie-Claire-Dorothée Kluntrupp;

Attendu que les intimés ne contestaient ni les actes de naissance, ni la possession d'état; qu'ils se bornaient à opposer à la demande une fin de non-recevoir résultant de ce que l'acte de célébration de mariage des père et mère des demanderesses n'était pas représenté;

Attendu que cette fin de non-recevoir a été et devait être accueillie par les premiers juges, puisque la femme Kluntrupp vivait encore au moment où ils ont statué sur la contestation dont ils étaient saisis;

Attendu que la femme Kluntrupp est décédée le 20 juin 1869 après le jugement; que cet événement a changé les conditions du débat devant la Cour, et fait naître, en faveur des appelantes, un moyen de droit nouveau qui les autorise à se prévaloir des dispositions exceptionnelles de l'article 197 du Code civil;

Attendu, en effet, que l'appel remet tout en question et investit les juges supérieurs de la plénitude de juridiction, de fait et de droit, que l'acte d'ajournement avait attribuée aux juges inférieurs; qu'il est, par conséquent, loisible aux parties de produire tous les documents et de faire valoir tous les moyens qui leur ont manqué devant le premier juge, à la seule condition de ne rien changer à la demande;

Attendu que la demande n'a pas été modifiée; qu'il s'agit uniquement, comme en première instance, d'une demande en déclaration de légitimité; que rien ne s'oppose donc à ce que le moyen nouveau tiré de ce que, au moment actuel, les père et mère des appelantes sont décédés, soit accueilli; que la légitimité des dames Requin et Saint-Laurent ne peut plus être contestée pour défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage, puisqu'elles remplissent les

trois conditions prévues par l'article 197 précité, depuis le décès de leur mère ;

Que leur filiation n'est pas contestée, pas plus que leur possession d'état d'enfants légitimes du sieur Métra et de la femme Kluntrupp ; que cette possession est conforme aux énonciations de leurs actes de naissance ; qu'il est, en outre, constant et non dénié par les intimés que le sieur Métra et la femme Kluntrupp ont vécu publiquement, pendant plus de cinquante ans, comme mari et femme, et qu'ils ont toujours été considérés et traités comme tels par tous les membres de leur famille ;

Qu'il est même à remarquer, à cet égard, que, sur sept collatéraux pouvant prétendre à la succession du sieur Métra, à l'exclusion de ses filles, deux seulement ont contesté la légitimité de celles-ci ; que les cinq autres ont refusé de s'associer à une tentative ayant pour objet de priver leurs parentes d'un état qui constitue leur bien le plus précieux et dont elles ont paisiblement joui depuis leur naissance.

Par ces motifs, etc.....

§ 2. — *De la double possession d'état des parents et des enfants ; du pouvoir d'appréciation des tribunaux ; des caractères des deux possessions d'état et de la manière dont elles doivent être établies.*

La seconde condition requise pour que l'enfant puisse se prévaloir de la présomption de l'article 197 est que les père et mère aient eu la possession d'état d'époux légitimes, qu'ils aient, selon les termes de cet article, « vécu publiquement comme mari et femme ». Cette possession d'état d'époux comporte des éléments analogues à ceux que l'article 321 du Code civil énumère en ce qui touche la possession d'état d'enfant légitime ; il faut que la femme ait cohabité avec l'homme, qu'elle ait porté son nom, que tous deux se soient conduits dans leurs rapports réciproques comme gens unis par le mariage, qu'ils aient passé pour tels, et que les

enfants aient été déclarés et reconnus comme légitimes.

En troisième lieu les enfants auront eux-mêmes à prouver leur possession d'état d'enfants légitimes. Pour éviter des répétitions inutiles, nous examinerons ensemble les règles concernant ces deux possessions d'état.

Il importe, d'ailleurs, de remarquer que les enfants devront établir cumulativement cette possession d'état et celle d'époux légitimes, qui appartenait à leurs parents, sans que la preuve de la première dispense de la seconde.

Cela résulte clairement du texte de l'article 197 du Code civ., car une possession d'état « qui n'est point contredite par l'acte de naissance » ne saurait être autre qu'une possession d'état d'enfant légitime. En raison, d'ailleurs, il en devrait être ainsi puisque la simple possession d'état des enfants est impuissante à prouver le mariage des parents.

Or, l'enfant qui se prétend légitime doit prouver deux choses : d'abord le mariage de ceux dont il se dit issu, et, en second lieu, le fait de la conception au cours du mariage. Cette deuxième preuve résulte de l'acte de naissance et de l'application de la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Mais le mariage même des parents reste à établir. Régulièrement les enfants devraient représenter l'acte de célébration. Exceptionnellement, l'article 197 les autorise à rempla-

cer cet acte par la démonstration que les parents ont vécu publiquement comme mari et femme. Quant à la possession d'état des enfants, elle ne peut servir qu'à établir leur filiation ; elle ne peut être ni contraire ni conforme à l'état de leurs auteurs puisqu'elle ne le concerne pas et n'a pas pour objet de le constater et ne se réfère qu'à leur propre état. Que si l'on demande pourquoi le législateur a exigé cumulativement ces deux possessions d'état, alors qu'il eut pu se contenter de la possession d'état d'époux, l'acte de naissance joint à la présomption *is est pater* établissant le fait de la conception au cours du mariage, il est facile d'en apercevoir deux raisons : d'abord l'acte de naissance peut être irrégulier ou même n'être pas reproduit, ainsi qu'on le verra plus loin, car il suffit, aux termes de l'article 197 que la possession d'état « ne soit pas contredite » par l'acte de naissance, et ensuite la propre possession d'état des enfants corroborera celle de leurs parents et rendra leur prétention d'autant plus vraisemblable.

La jurisprudence s'est prononcée généralement en ce sens.

Attendu, dit la Cour de Cassation dans un arrêt du dix-neuf juin 1867 [D. 67, 1. 342. S. 67. 1. 345], qu'en disposant qu'à défaut d'acte de naissance, il suffit à l'enfant, pour prouver sa filiation, d'une possession constante de l'état d'enfant légitime, l'article 320 du Code Napoléon suppose que l'acte de célébration du mariage de ses père et mère est représenté ;

Qu'il en est de même de l'article 322 qui dispose que nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ;

Que quand l'acte de célébration du mariage n'est pas rapporté, on rentre sous l'empire des dispositions des articles 194 et suivants, même Code, et que, notamment, l'enfant qui réclame sa légitimité, après le décès de ses père et mère, sans représenter l'acte civil de leur mariage, est soumis, par l'article 197, à l'obligation de prouver qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme, et qu'il existe, en sa faveur, une possession d'état d'enfant légitime non contredite par son acte de naissance ;

Attendu que Sylvestre et Marie-Rose Polverelli étant décédés et l'acte de célébration de leur mariage n'étant pas représenté, il fallait nécessairement satisfaire à ces conditions pour arriver à la preuve que Claire-Marie, dont l'acte de naissance n'existait pas non plus, était leur enfant légitime ;

Que l'arrêt attaqué décide que les mineurs Grossetti n'avaient besoin que de justifier de la possession d'état de leur mère comme enfant légitime desdits Sylvestre et Marie-Rose Polverelli, et qu'il a trouvé la preuve de cette possession dans l'acte de notoriété dressé le 20 décembre 1841 pour suppléer à l'acte de naissance nécessaire à Claire-Marie pour se marier, dans son contrat de mariage et dans l'acte civil de sa célébration en date des 22 et 26 du même mois ;

Qu'on lit, il est vrai, dans l'un de ces motifs que le fait de la cohabitation publique de Sylvestre et de Marie-Rose Polverelli résulte implicitement de ces mêmes actes ; mais qu'il ajoute que, dans tous les cas, les mineurs Grossetti n'ont pas à faire une pareille preuve, qu'il leur suffit de justifier de la possession d'état de leur mère, alors surtout qu'aucun acte de naissance ne vient contredire cette possession ;

Qu'en cela la Cour de Bastia méconnaît ouvertement le sens et la portée de l'article 197 ;

Qu'en effet, la possession d'état peut exister pour l'enfant sans que ses père et mère aient vécu publiquement comme mari et femme ;

Que la preuve du premier de ces faits ne dispense pas de la preuve du second et que le concours de l'un et de l'autre est nécessaire pour que cet article reçoive son application ;

Qu'au lieu de reconnaître et de déclarer l'existence de la possession d'état de Sylvestre et de Marie-Rose Polverelli comme époux légitimes, la décision attaquée se borne à l'induire des actes des 20, 22 et 26 décembre 1841 qu'elle invoque comme établissant l'état de Claire-Marie, leur fille ; et qu'elle remplace ainsi, par une simple présomption, l'affirmation que l'une des conditions impérieusement exigées pour arriver à la preuve légale de la légitimité de ladite Claire-Marie existait dans la cause ;

Attendu que les enfants de celle-ci ne peuvent, pas plus qu'elle ne le pourrait elle-même, si elle vivait encore, faire cette preuve à l'aide des seules constatations de l'arrêt ;

Que, par suite, la Cour de Bastia n'a pu, s'en violer l'article sus-visé, décider que les mineurs Grossetti avaient qualité pour demander du chef de leur mère, le partage des successions dont il s'agit ;

Casse, etc.....

L'enfant devra donc établir cette double possession d'état. Mais comment fera-t-il cette preuve? C'est ce qu'il faut maintenant examiner.

La possession d'état est, avant tout, une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. En ce qui concerne la possession d'état d'époux, le législateur n'a marqué dans aucun texte qu'il exigeait la réunion des divers éléments (*nomen, tractatus, fama*) qui ont été énumérés plus haut. Cette analyse n'a qu'une valeur d'interprétation. Si, pour les enfants, l'article 321 du Code civil la reproduit, c'est à titre d'exemple. « La possession d'état, dit ce texte, s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. — Les *principaux* de ces faits sont : que l'individu a toujours porté le nom du père, etc..... » L'énumération de ces faits n'est donc qu'énonciative et nullement limitative. D'autres pourront se rencontrer auxquels le législateur n'avait pas songé, de même que, en sens contraire, certains de ceux qu'il a cru devoir indiquer pourront faire défaut; il suffira que les faits existants paraissent assez probants.

Il s'ensuit que l'appréciation de ces faits, en l'absence de l'acte de mariage, appartient souverainement aux juges du fond et échappe à la censure de la Cour de Cassation (1).

(1) Cass. 22 juin 1819, S. chr. — V. Cass. 29 juin 1836, S. 36. 1. 726; — Cass. 25 février 1839, DALLOZ, *Rép.* V^o Mariage, n^o 527, note 1, S. 39. 1. 187; — Cass. 7 février 1860, D. 60. 1. 126, S. 60. 1. 529.

A la suite de l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 juin 1867, cassant la décision de la Cour de Bastia, et que nous avons rapporté ci-dessus, un arrêt fut rendu le 10 août 1871 par la Cour d'Aix devant laquelle l'affaire avait été renvoyée. Celle-ci déclara que les mineurs Jean-Pierre et Jean-Silvestre Grossetti, fils légitimes et représentants de Claire-Marie, leur mère, avaient qualité pour provoquer le partage par eux réclamé des successions de Jean-Paul Polverelli et autres. Les consorts Polverelli formèrent pourvoi en cassation prétendant que la Cour d'Aix avait violé l'article 194 du Code civil et fait une fausse application des articles 197 et 320 du même Code, en ce qu'il se bornait à induire la possession d'état d'époux de certains faits invoqués pour établir la possession d'état d'enfants légitimes, reproduisant en réalité la doctrine de la Cour de Bastia dont l'arrêt avait été cassé par la Cour suprême, et en ce qu'il remplaçait, par une série de présomptions, la reconnaissance formelle et directe de la possession d'état d'époux nécessaire pour arriver à la preuve légale de la légitimité.

Sur ce pourvoi, la Cour de Cassation rendit l'arrêt suivant (1) :

Attendu que les faits constitutifs de la possession d'état peuvent, comme faits purs et simples, être prouvés à l'aide de présomptions graves, précises et concordantes, et qu'il n'est pas défendu au juge de puiser, dans les mêmes actes, la preuve de la possession d'état d'un

(1) Cassation, 7 mai 1873, D. 73. 4. 303 ; S. 73. 4. 309.

enfant légitime, et celle de la possession d'état d'époux légitimes de ses père et mère ;

Attendu que l'arrêt attaqué, après avoir constaté, pour Claire-Marie Polverelli, la possession d'état d'enfant légitime de Silvestre et de Marie-Rose Polverelli, ajoute que l'induction si puissante résultant de cette possession d'état, le contrat de mariage de Claire Polverelli, dans lequel son père Silvestre se dit le conjoint de Marie-Rose Polverelli, et constitue en dot à sa fille une somme de 5.000 francs pour droits paternels et maternels, et enfin la déclaration faite dans l'acte de notoriété du 20 décembre 1841, dans lequel divers parents rapprochés reconnaissent que Claire-Marie Polverelli procède légitimement de ceux qui lui ont donné le jour, sont autant de présomptions, qui, réunies entre elles et se fortifiant les unes par les autres, permettent d'affirmer que Silvestre et Marie-Rose Polverelli ont vécu publiquement comme mari et femme ;

Attendu que ces déclarations, qui constatent, d'une manière légale, l'existence de la double possession d'état à laquelle est subordonnée l'application de l'article 197 du Code civil, sont, d'un autre côté, souveraines en fait, et échappent, sous ce rapport, au contrôle de la Cour de Cassation ;

D'où il suit que l'arrêt attaqué, en admettant la demande en partage formée par les défendeurs en qualité de petits-fils légitimes de Silvestre et de Marie-Rose Polverelli, n'a ni violé ni faussement appliqué les articles sur lesquels se fonde le pourvoi ;

Rejetle, etc....

Le pouvoir d'appréciation des juges est illimité. Ils pourront donc tenir compte des difficultés particulières à chaque cause qui ont pour résultat d'empêcher la reproduction de l'acte de mariage et admettre facilement en preuve la possession d'état lorsqu'une guerre civile, une inondation, un incendie, un tremblement de terre ou tout autre cataclysme, ou encore lorsque l'éloignement considérable des lieux, le long intervalle de temps écoulé depuis la célébration de l'union auront rendu la représentation de l'acte qui la constatait presque impossible.

C'est, notamment, ce qu'a décidé la Cour de Nîmes dans un arrêt du 18 juin 1860 [D. 61. 2. 182 ; S. 61. 2. 325] :

Attendu qu'il est certain, dit l'arrêt, et qu'il n'est pas sérieusement contesté, que François Gravelotte, sous-brigadier des fermes du Roi, décédé à Rethel, le 7 février 1780, est le même que Jean-François-Philippe Gravelotte, né le 10 juin 1745, fils de Philippe Gravelotte et de Thérèse Jenot ;

Attendu qu'un acte de naissance régulier établissant qu'Anne-Louise Gravelotte, née à Rethel le 16 février 1778, est fille de ce François Gravelotte et de Jeanne Pierre, il est également certain que les intimés sont parents au degré successible de Louise Gravelotte, puisqu'ils descendent aussi de Philippe Gravelotte et de Thérèse Jenot ;

Attendu que, si l'acte de célébration de mariage entre François Gravelotte et Jeanne Pierre, duquel résulterait la preuve de la légitimité de Louise, leur fille, n'est pas représenté, c'est sans doute à raison de l'éloignement des temps et de l'ignorance où l'on est du lieu où cet acte a pu être dressé, et non parce que les registres contenant les actes de l'état civil auraient été détruits, fait que rien n'indique suffisamment dans la cause ;

Mais que, dans ce cas, comme dans celui qui est spécialement prévu par l'article 46 du Code Napoléon, la cause de l'impossibilité étant également indépendante du fait des parties ; il y a lieu d'admettre les mêmes preuves pour suppléer à la représentation de l'acte ;

Attendu qu'indépendamment de l'acte de naissance de Louise Gravelotte où il est dit que François Gravelotte et Jeanne Pierre, ses père et mère, sont mariés ensemble, la même énonciation se trouve reproduite et dans l'acte de naissance de Joachim Gravelotte, en date du 25 avril 1779, et dans l'acte de décès de François Gravelotte ;

Attendu que dans l'acte de décès de Joachim, en date du 17 avril 1793, Jean Gravelotte, fils de Philippe et père de François, se présentant devant l'officier de l'état civil pour faire sa déclaration, prend la qualité d'oncle paternel du défunt ;

Attendu que Jeanne Pierre a constamment joui, à Rethel, de l'état de femme légitime de François Gravelotte ; que cela s'induit de l'attestation fournie par le prêtre qui a dressé l'acte de décès de ce dernier, dans lequel il est déclaré qu'il avait satisfait dans l'année à son devoir pascal, ce qui donne, en même temps que la preuve d'une conduite régulière, la preuve qu'il était particulièrement connu de l'ecclésiastique, qui l'inscrivait comme époux de Jeanne Pierre ;

Attendu que si Louise Gravelotte, pendant les deux années qui se sont écoulées entre sa naissance et le décès de son père, a vécu auprès de lui et a été traitée comme son enfant légitime, après sa mort, elle a encore vécu avec sa mère, jusqu'au moment où elle est entrée au service du sieur Turquis ; que Joachim Gravelotte, son frère, a été recueilli par Jean Gravelotte, leur oncle paternel, auprès duquel il est resté à Carignan jusqu'à l'époque de sa mort ;

Attendu que, dans le monde et dans tous les actes où elle a figuré, Louise a constamment été désignée par son nom de Gravelotte ;

Attendu que la réunion de tous ces documents établit suffisamment la possession d'état conforme à l'acte de naissance ; que les magistrats, dans l'appréciation qu'ils ont à faire, en pareille matière, des faits et des circonstances, doivent tenir compte des difficultés résultant de l'éloignement des temps et des événements qui, dans ce long intervalle, ont agité et bouleversé le pays ; etc... (1).

Cette grande latitude laissée aux tribunaux, n'empêche cependant pas que de leurs décisions, il ne soit possible de dégager d'une part les caractères que la possession d'état doit avoir pour être admise en preuve, et d'autre part la manière dont celle-ci doit être établie.

Dans les développements qui vont suivre, nous parlerons presque exclusivement de la possession d'état d'époux, qui seule fait l'objet de cette étude, mais les mêmes règles s'appliqueraient, *mutatis mutandis*, à la possession d'état d'enfant légitime.

Tout d'abord la possession d'état doit être constante et commune aux deux époux ; il faut enfin qu'ils aient vécu publiquement comme mari et femme.

La possession d'état doit être *constante*, c'est-à-dire continuée sans interruption. L'article 321 du Code civil parlant de la possession d'état relative aux enfants, mais dont la disposition rationnelle s'étend à celle des époux, cite parmi les faits principaux, qui la constituent : celui d'avoir été « constamment » tenu pour enfant légitime dans la société et celui d'avoir « toujours » porté le même nom. « On nomme possession d'état, dit

(1) Voir également, Cass. 25 février 1839, DALLOZ, *Rép.*, V^o Mariage, n^o 527, note 1 ; S. 39. I. 187).

Denisart (1), la notoriété qui résulte d'une suite non interrompue d'actes faits par la même personne. En effet, s'il en était autrement, si la femme, par exemple, n'avait que temporairement porté le nom du prétendu mari, si, après avoir cohabité pendant quelques mois avec lui, elle avait ensuite rompu tous liens, si la famille, après l'avoir considérée comme une épouse, l'avait depuis traitée comme une concubine et l'avait rejetée, si, un moment, il y avait eu des interruptions ou des changements dans la possession d'état, le doute serait permis et aucune présomption ne saurait exister. »

C'est donc avec raison que la Cour de Nîmes a décidé qu'une possession d'état d'époux légitimes qui n'aurait duré que trois ans ne saurait dispenser l'enfant de représenter l'acte de mariage de ses parents (2).

Mais il peut arriver qu'une possession d'état qui s'est longtemps continuée cesse un jour donné. Faudra-t-il décider qu'une telle possession d'état est constante bien qu'elle ait été interrompue ?

On pourrait être tenté de distinguer selon que la possession d'état a été intervertie et remplacée par une autre, ou qu'au contraire elle a purement et simplement cessé d'être sans être autrement modifiée.

En effet, dirait-on, la possession d'état une fois

(1) DENISART, *V° Possession d'Etat*, p. 703.

(2) Nîmes, 26 mai 1830, sous Cass. 27 novembre 1833, D. 34, 1. 33
DALLOZ, *Répertoire*, *V° Paternité et filiation*, n° 252, note 1, 2^e Espèce (d^{lle} de la Marine et c. de Bernis).

acquise ne saurait se perdre par cela seul qu'elle n'a pas continué avec les caractères qu'elle avait primitivement. Si la possession ne s'acquiert en principe que par la réunion du *corpus* et de l'*animus*, elle se conserve *animo tantum* ; il suffit donc qu'il n'y ait pas une possession d'état contraire à la précédente et destruction de ses effets. De plus, l'enfant n'a à établir la possession d'état de ses parents qu'à une époque correspondant à celle de sa conception : Qu'importe donc que, depuis, ses parents aient eu une autre possession d'état ? Sa filiation sera-t-elle moins légitime parce que ses parents auront divorcés, ou auront cessé de vivre ensemble, soit à la suite d'un jugement de séparation de corps, soit à la suite d'une séparation de fait ?

Cette distinction, qui est généralement admise en ce qui concerne la possession d'état d'enfant légitime, ne nous paraît pas devoir être accueillie en ce qui concerne la possession d'état d'époux. En effet, on ne conçoit pas qu'un époux cesse purement et simplement d'avoir la qualité d'époux légitime. La possession d'état sera toujours et nécessairement contraire à cette qualité, car, ou il passera pour célibataire, ou on le considérera comme marié avec une autre personne. Sans doute les époux ont pu divorcer après l'époque de la conception, ou encore un jugement a pu prononcer leur séparation de corps. Mais, faute par l'enfant d'établir l'existence de ce jugement, il ne saurait être admis à se prévaloir d'une possession d'état en contra-

diction avec les faits. Or, comme les jugements de divorce ou de séparation de corps ne peuvent intervenir qu'entre personnes mariées et comme, de plus, ils relatent toujours dans leurs motifs le mariage des époux et le lieu de célébration de ce mariage, il ne sera jamais difficile à l'enfant de se procurer, dans ces conditions, l'acte écrit qui constate cette célébration. En admettant, par impossible, qu'il en soit autrement, comme la possession d'état d'époux, bien qu'interrompue, loin d'être contredite serait, au contraire, fortifiée par la production de ces jugements, il conviendrait de la considérer comme ayant été constante jusqu'à la date de la demande en divorce ou en séparation de corps. Mais telle n'est point l'hypothèse normale : l'enfant demande à prouver que ses auteurs, qui, depuis, ont eu en fait une autre possession d'état, avaient, du moins, à l'époque de sa conception, la possession d'état d'époux légitimes. Cette possession d'état, encore qu'elle ait pu durer assez longtemps pour établir la filiation légitime, ne saurait être admise en preuve parce qu'elle a été contredite.

La Cour de Cassation en a ainsi décidé dans un arrêt du 27 novembre 1833 (D. 34. 1. 33) rendu sur l'arrêt de la Cour de Nîmes du 26 mai 1830 cité plus haut (p. 133 et note 2).

En ce qui concerne, au contraire, l'enfant, pour les raisons déjà exposées, il conviendrait d'admettre qu'une interruption momentanée demeure sans influence sur

sa possession d'état, pourvu toutefois que celle-ci n'ait pas été intervertie ou contredite. C'est que, en effet, la possession d'état d'enfant légitime est une sorte d'aveu des parents. Cet aveu, qui ne procède pas de la volonté de l'enfant, continue à produire ses effets, tant que des faits contraires à sa propre possession d'état n'interviennent pas, car celle-ci une fois acquise ne saurait se perdre qu'à cette condition. Peu importerait donc que l'enfant, entraîné par ses goûts, soit allé au loin chercher fortune, qu'il ait abandonné le nom de son père et qu'il ait cessé toute relation avec sa famille.

En second lieu, la possession d'état doit être *commune aux deux époux*. Ce dernier caractère va de soi, car si l'un des prétendus époux s'était seul comporté comme marié et avait été seul considéré comme tel, tandis que l'autre protestait soit expressément, soit au moins tacitement par son attitude contre cette prétention, il y a tout lieu de supposer que la qualité d'époux a été usurpée par le premier.

Le troisième caractère que doit revêtir la possession d'état c'est que le père et la mère *aient vécu publiquement comme mari et femme*. Il pourrait se faire, en effet, que deux personnes soient tenues pour mariées par leurs familles et par la société. Mais elles vivent séparées. Fallait-il voir dans ce fait une sorte de protestation tacite des prétendus époux ? Leur possession d'état était-elle suffisamment établie ?

Le doute eût pu venir de ce que, ainsi qu'il a été

exposé, la possession d'état résulte d'un ensemble de faits dont l'appréciation dépend de l'arbitraire du juge, et peut exister alors même qu'un de ses éléments habituels fait défaut.

Mais la vie publique et commune a paru nécessaire au législateur. Il faut, dit l'article 197, que les prétendus époux « aient vécu publiquement comme mari et femme. » La renommée, le bruit public ne sauraient donc suffire par eux seuls. Ils sont trop souvent des sources d'erreurs. Il faut que la famille et la société aient basé leur opinion sur le genre de vie des prétendus époux. L'enfant devra donc prouver non pas seulement que ses père et mère passaient pour mariés, mais encore qu'ils ont cohabité ensemble et ont agi constamment comme s'ils étaient unis par le mariage.

Attendu, dit la Cour de Pau, sur le moyen pris de ce que la preuve, telle qu'elle est offerte, ne remplirait pas le vœu de la loi, et serait insuffisante pour établir l'existence de l'acte contesté ; que la preuve de l'état de Modeste de Haitze doit embrasser en même temps sa filiation et sa légitimité ; qu'à défaut de l'acte de mariage des père et mère et de l'acte de naissance de l'enfant, cette preuve, suivant la jurisprudence ancienne, consacrée par les articles 197 et 320 du Code civil, ne peut être établie que par la double possession d'état des père et mère comme époux, et des enfants comme légitimes ; que l'article 197, pour écarter toute incertitude sur les faits qui doivent caractériser la possession d'état conjugal, exige qu'il soit établi que les deux individus ont vécu publiquement comme mari et femme ;

Que les parties de Petit, au lieu d'offrir de prouver une cohabitation ouvertement connue du père et de la mère, ou les qualités de mari et de femme, prises et reçues publiquement, ou enfin d'autres actes extérieurs qui annoncent publiquement l'existence du mariage, se bornent, quant à ce, à offrir la preuve que la dame Catherine Durand était connue à Saint-Domingue jusqu'à sa mort, arrivée en 1775, comme épouse légitime de M. Bernard de Haitze ; mais comme cette opinion aurait absolument pu se répandre et s'accréditer sans

que Bernard de Haitze et Catherine Durand eussent vécu publiquement comme mari et femme, et même à l'insu et en l'absence de Bernard de Haitze il en résulte que cette preuve ne remplit pas le vœu de l'article 197, dont les dispositions exceptionnelles de la règle générale qui exige la production de l'acte de mariage, ne peuvent s'étendre au delà des cas qu'elles ont prévus et limités, d'où il suit que, sous ce rapport, la preuve offerte est inadmissible (1).

La preuve des faits qui constituent la possession d'état doit être directe, mais elle peut être établie par n'importe quel moyen.

Elle doit être *directe*, c'est-à-dire qu'elle ne saurait résulter de certains actes où les enfants seraient qualifiés de légitimes.

Portalis, au cours des travaux préparatoires du Code civil, a émis l'opinion contraire. « Il suffit, dit-il, dans l'exposé des motifs, que la possession d'état des père et mère soit énoncée dans l'acte de naissance des enfants : cet acte est leur titre (2). »

Mais cette opinion est manifestement erronée. D'abord, l'acte de naissance ne saurait prouver la possession d'état des parents, puisqu'il n'a pas pour objet d'établir leur mariage. La déclaration de légitimité qu'il contiendrait pourrait même être mensongère. Et, d'ailleurs, elle n'établit pas même cette légitimité, lorsqu'elle n'est pas appuyée par l'acte de mariage des parents.

L'article 197 décide, en effet, que si l'acte de nais-

(1) Pau, 9 mai 1829, S. 30. 2. 26, D. P. 30. 2. 98, et Req. rej. 19 mai 1830, S. 30. 1. 520, D. P. 30. 1. 249, DALLOZ, *Rép.*, V^o Paternité et filiation, n^o 252, note 1, première espèce.

2. LOCRÉ, t. IV, p. 516, n^o 55.

sance est produit, mais non l'acte de mariage, il n'y suppléera pas, et que la preuve de la possession d'état non contraire à cet acte devra être rapportée. La représentation de cet acte de naissance ne pourra donc servir que d'argument à l'appui de la demande en réclamation d'état.

Attendu en droit, dit la Cour de Cassation (1), que s'il est vrai que l'enfant, après le décès de ses père et mère, peut se faire déclarer légitime, sans être astreint de représenter l'acte de célébration de leur mariage, source unique de légitimité, il est également vrai qu'il doit prouver que ses père et mère ont vécu publiquement comme mari et femme, et que sa possession d'état, comme enfant légitime, n'est point contredite par l'acte de naissance (art. 197 du Code civil) ;

Que, d'après ces principes, les juges ont dû, comme ils l'ont fait, admettre la demanderesse à administrer cette double preuve, dont l'appréciation était exclusivement abandonnée par la loi à leur conscience et leurs lumières ;

Attendu que, d'après les titres, enquêtes, actes et circonstances de la cause, les juges ont constaté, en fait, non seulement que l'acte de célébration de mariage des père et mère de la demanderesse n'était point représenté, mais qu'il s'élevait encore les plus violentes présomptions contre son existence et que surtout la demanderesse elle-même ne justifiait point de la possession d'état d'enfant légitime ;

Que, dans ces circonstances où aucun des éléments exigés par la loi pour tenir lieu de l'acte de célébration de mariage, n'était prouvé, en décidant que le seul acte de naissance ne pouvait assurer à la demanderesse sa légitimité, et que, par conséquent, elle devait être déclarée enfant naturel de Salomon Lambert, l'arrêt attaqué a fait une juste application des lois de la matière ;

Rejette..... (2)

Toutefois, sur ce point, la jurisprudence n'est pas constante. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Grenoble a admis comme faisant preuve par eux-mêmes non seulement l'acte de naissance de l'enfant, mais encore

(1) Req. rej. 10 juillet 1823, S. 24. 1. 261.

(2) Voir dans le même sens, Aix, 28 mai 1810, S. 1811. 2. 227.

l'acte de décès de sa mère et les actes de naissance de ses frères et sœurs :

Considérant, dit la Cour, qu'aux termes du droit, l'acte de naissance, déposé dans un registre public, constitue la légitimité de l'état des enfants, et que dans celui de Jeanne Thiériot (femme Breton) signé par François Thiériot, il est dit qu'elle est née de lui et de Françoise Hérand, son épouse ;

Considérant que cet acte est fortifié par celui de la naissance de Dominique Thiériot, qui est rédigé dans les mêmes termes, et également signé par François Thiériot ;

Considérant qu'il a été donné à Françoise Hérand, dans son acte de décès, le titre d'épouse de François Thiériot ;

Considérant que ces trois actes se prêtent un mutuel appui, et établissent, indépendamment des faits particuliers de la cause, en faveur de Jeanne Thiériot, sa possession d'état de fille née en légitime mariage de François Thiériot et de Françoise Hérand ;

Considérant que François Thiériot n'a pu dans son testament priver sa fille de son état, en la qualifiant sa « fille naturelle », contre l'assertion des titres produits au procès, qui sont son propre ouvrage, déposés dans des registres publics ; qu'on ne saurait accueillir une déclaration contraire sans blesser l'honnêteté publique et les principes conservateurs des citoyens ;

Confirme, etc..... (1)

Mais si la preuve doit être directe, elle peut du moins être établie *par n'importe quels moyens*.

D'après le projet du Code (art. 16), la possession d'état aurait dû être constatée « soit par des actes authentiques, soit par des actes privés, émanés de ceux qui contestent l'état des enfants (2) ». Cette disposition a été volontairement supprimée dans la rédaction définitive. C'est que, si, en général, on doit exiger que l'état civil des personnes soit établi par des documents ne présentant par eux-mêmes aucune chance d'erreur ou de prévention et s'il faut, pour cette raison, écarter la

(1) Grenoble, 3 février 1807, S. 1807. 2. 84.

(2) LOCRÉ, t. IV, p. 419.

preuve testimoniale qui ne présente pas ces garanties, il n'en est pas moins vrai que cette dernière peut sans danger être employée pour constater la possession d'état. En effet, les éléments constitutifs de la possession d'état sont des faits dont l'existence successive, la durée, le nombre et le caractère notoire et même public, font la force et que la preuve testimoniale peut, en principe, seule constater. Cette preuve n'offrait, dans ces conditions, aucun danger.

De ce que la preuve par témoins est admise, il s'ensuit que les simples présomptions le sont également. Il en devait être ainsi puisque l'appréciation des faits qui constituent la possession d'état était abandonnée à l'arbitraire du juge.

L'enfant pourra donc invoquer toutes sortes de moyens de preuve. Si un contrat de mariage a été rédigé, ce contrat à lui seul ne fera pas la preuve du mariage, mais, comme il est d'usage de ne rédiger ce contrat qu'à la veille même du mariage, le juge, tout en ne basant pas son opinion sur ce seul fait, pourra y avoir tel égard que de raison. Il pourra tenir compte aussi de l'acte de naissance de l'enfant et éventuellement des actes de naissance de ses frères et sœurs et des actes de décès de leurs parents. Mais, ces actes à eux seuls ne sauraient suffire ; les enfants devront invoquer et prouver la cohabitation des prétendus époux et une réunion de faits suffisants, s'étant réalisés pendant un temps assez considérable, pour que les

juges estiment qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme.

§ 3. — *L'acte de naissance de l'enfant ne doit pas contredire sa possession d'état.*

La quatrième et dernière condition pour que l'enfant puisse invoquer les dispositions de l'article 197, c'est que *sa propre possession d'état ne soit pas contredite par son acte de naissance.*

Dans notre ancien droit, la jurisprudence exigeait que la possession d'état de l'enfant fût conforme à son acte de baptême. « Lorsque la possession, dit Denisart dans un passage déjà cité, est conforme à l'acte baptistaire, il n'y a pas d'état mieux assuré. » Et le même auteur ajoute : « Lorsqu'on vient à contester la légitimité d'un pareil enfant après la mort de ses père et mère, on le dispense souvent de rapporter aucune preuve d'une célébration dont il peut ignorer le lieu. Il suffit que la possession de légitimité conforme à l'acte baptistaire soit constante, pour faire maintenir la possession dans l'état contesté de l'enfant légitime (1). »

La première rédaction de l'article 197 auquel le Conseil d'Etat s'était arrêté exigeait également pour que la légitimité soit prouvée « un acte de naissance appuyé de la possession d'état (2) ». Cette rédaction n'a pas été maintenue dans le texte définitif, sur la

(1) DENISART, V^o Question d'Etat, § 2, n^o 3.

(2) LOCRÉ, t. IV, p. 410, art. 16 et p. 420 et suiv.

remarque exacte de Cambacérès qu'un enfant pouvait être aussi empêché de produire son acte de naissance que l'acte de mariage de ses parents.

L'article 197 est donc beaucoup plus favorable aux enfants que ne l'était l'ancienne jurisprudence, puisqu'il suffit que la possession d'état ne soit pas contredite par l'acte de naissance, et que, lorsqu'il en est ainsi, les juges n'ont plus aucun pouvoir d'appréciation et ne peuvent accueillir favorablement une demande en contestation de légitimité qui ne serait basée que sur le défaut de représentation de cet acte ou l'insuffisance des mentions qui y seraient portées.

La condition finale de l'article 197 est donc purement négative et se trouvera remplie par cela même que les adversaires de l'enfant n'auront pas pu prouver que l'acte de naissance contredit la possession d'état.

En conséquence, l'enfant n'est point obligé de représenter un acte de naissance quelconque. On a cependant prétendu le contraire (1). Pour que l'enfant soit dispensé de représenter l'acte de mariage de ses parents il faut, aux termes de l'article 197 du Code civil, que la possession d'état ne soit point contredite par l'acte de naissance. Mais, à qui appartiendra-t-il de prouver qu'il en est ainsi? A l'enfant puisqu'il invoque une dérogation au droit commun. Ce n'est qu'une application de la règle « *reus in excipiendo fit actor* ».

(1) TOULLIER, t. II, n° 877, note 2.

Cette opinion n'a pas été admise par la jurisprudence et avec raison. La loi ne parle pas de possession d'état conforme à l'acte de naissance, mais seulement de possession d'état non contredite par cet acte ; or, si une possession d'état conforme suppose un acte, une possession d'état non contredite n'en suppose pas, puisque, en l'absence de la représentation de cet acte, il ne saurait y avoir entre lui et la possession d'état une opposition quelconque. En outre, c'est précisément parce que l'enfant aurait éprouvé parfois autant de difficulté à produire son acte de naissance propre que l'acte de mariage de ses parents que le législateur, contrairement au texte du projet primitif, n'a pas exigé que la possession d'état fut conforme à l'acte de naissance.

Attendu, dit la Cour de Toulouse (1), que la demande de Justin, tendant à se faire déclarer fils légitime de Pierre-Jean Demare et d'Anne Lubies décédés, dont il se prétend issu, et qu'il dit avoir vécu publiquement comme mari et femme, ne saurait être rejetée par le motif qu'il ne représente pas son acte de naissance ;

Qu'il est bien vrai que l'article 197 du Code civil a été rédigé dans la pensée que le fils qu'il dispense, dans le cas qui y est prévu, de prouver la célébration du mariage de ses père et mère, serait porteur de son acte de naissance ; mais qu'il est facile de comprendre qu'il n'a été ainsi disposé que parce que le législateur, qui agit dans la prévision des situations régulières, a dû croire que la preuve de la filiation serait faite d'après les règles ordinaires ; mais que, par cet article, il n'a point innové en ce qui a trait à la manière de justifier de l'état des personnes ; qu'elle est fixée par les articles 319 et 320 ; que, dès lors, celui qui, en se conformant à ce dernier, a suppléé à l'omission commise dans les registres de l'état civil, est dans la même position que s'il produisait son acte de naissance ; que la condition exigée par l'article 197 est remplie, puisque cet acte ne contredit point la possession alléguée..... (2).

(1) Toulouse, 4 juillet 1843, S. 44. 2. 398.

(2) Voir dans le même sens, Agen, 18 mai 1842, S. 42. 2. 541.

Mais l'enfant devra-t-il prouver tout au moins qu'il n'a pas été inscrit à sa naissance sur les registres de l'état civil du lieu où résidaient alors ses père et mère ou que ce lieu lui est inconnu ? Certains auteurs l'exigent(1) parce que l'enfant devrait au moins établir l'impossibilité où il est de représenter son acte de naissance. Mais cette exigence même dépasse visiblement le texte de l'article 197 : celui-ci ne met aucune preuve de ce genre à la charge de l'enfant ; il faut, et il suffit donc, que ses adversaires ne puissent pas lui opposer un acte de naissance contraire à sa possession d'état. La quatrième condition de cet article est, ainsi que nous l'avons dit, purement négative. D'ailleurs obliger l'enfant à démontrer que le lieu où résidaient ses parents à l'époque de sa naissance lui est inconnu, serait lui imposer une preuve impossible en fait. Ce serait réellement un cas de preuve négative indéfinie, non susceptible de se ramener à une preuve positive contraire.

Une autre conséquence du caractère négatif de la quatrième condition de l'article 197, c'est que l'acte de naissance, lorsqu'il est représenté, n'a pas à déterminer la nature de la filiation de l'enfant. Sans doute, généralement, la légitimité de l'enfant résultera de la mention qui doit être faite dans tout acte de naissance des noms des père et mère de l'enfant déclaré (art. 57

(1) AURRY et RAU, t. V, § 452 bis, p. 20, et DEMOLOMBE, t. III, n° 40.

C. Civ.). Mais même si l'acte ne qualifiait pas l'enfant de légitime, même si l'enfant y était déclaré comme né de père et mère inconnus, celui-ci pourrait encore se prévaloir de l'article 197. Il se peut, en effet, que, bien que leurs noms n'aient pas été déclarés, les auteurs de l'enfant soient unis par mariage. Mais l'acte de naissance contredirait la possession d'état si l'enfant y était qualifié d'enfant naturel.

Quand toutes les conditions exigées par l'article 197 ont été remplies, aucune autre preuve n'est exigée de l'enfant. Celui-ci n'aurait donc point à établir, par exemple, que les registres où le mariage de leur père aurait dû être inscrit ont été détruits ou n'ont pas été tenus. Cette hypothèse, toute différente, est réglée par l'article 46 du Code civil, qui n'exige point la double possession d'état dont parle l'article 197 (1).

SECTION II

Des effets de la présomption de l'article 197

Lorsque les quatre conditions de l'article 197 seront réunies, quels seront les effets de la possession d'état ?

A cet égard, l'article 197 déclare que, dans ce cas, « la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de

(1) Voir dans ce sens : Cass. Req. rej. 8 mai 1810, DALLOZ, *Rép.* V° Paternité et filiation, n° 320 ; S. 1810. 1. 239 ; — Toulouse, 4 juillet 1843, S. 44. 2. 398.

célébration ». En d'autres termes, la preuve instituée par l'article 197 tient lieu de l'acte de mariage. Il y a donc, en faveur des enfants, présomption de légitimité, et ceux-ci auront tous les droits d'enfants légitimes. Ils seront tenus pour tels au regard des membres des familles auxquelles ils sont ainsi rattachés. Quant au mariage de leurs parents, il sera présumé lui-même avoir été contracté à une date antérieure à celle de la naissance de l'ainé des enfants (1).

§ 1. — *Du caractère de la présomption de l'article 197.*

Cette présomption de légitimité est-elle absolue ou est-elle susceptible d'être combattue par la preuve contraire?

Il n'est pas douteux que la présomption de l'article 197 constitue non pas une présomption *juris et de jure*, mais une présomption *juris tantum*. Le texte de cet article implique que la preuve contraire est possible, car il décide que la légitimité de l'enfant, lorsqu'il satisfera aux conditions requises, ne pourra « être contestée sous le *seul* prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration » du mariage. D'où il suit qu'elle pourra l'être pour toute autre cause. La présomption de l'article 197 ne saurait, en effet, avoir une force probante plus grande que celle qui résulterait de la représentation de l'acte de célébration dont

(1) Bordeaux, 30 juin 1868, S. 69, 2. 39.

elle tient lieu. La situation des enfants demeure la même que s'ils avaient pu fournir la preuve normale du mariage de leurs parents. En conséquence les intéressés seront toujours admis à prouver que ce mariage est entaché de nullité.

Il en sera certainement ainsi quand il s'agira d'une nullité tenant au fond même, à la validité intrinsèque du mariage. L'article 197 dispense bien les enfants de produire un acte de mariage que la mort, l'absence ou la folie de leurs parents ne leur permettent pas de représenter, mais, de ce que, dans ce cas, le mariage est présumé, il ne s'ensuit nullement qu'il soit valable. Il n'est même pas rigoureusement exact de dire, ainsi que nous l'avons fait, que la présomption de l'article 197 tient lieu de l'acte de mariage, car ce dernier étant un acte authentique ne pourrait être attaqué que par la voie de l'inscription de faux, toutes les fois qu'il s'agirait de contredire une affirmation de l'officier d'état civil, tandis que la double possession d'état non contraire à l'acte de naissance pourra toujours être critiquée sans qu'on ait besoin de recourir à la procédure dangereuse de l'inscription de faux. Il s'ensuit que la nullité du mariage peut être demandée pour défaut ou vice du consentement des futurs époux, impuberté, défaut de consentement des parents, bigamie, inceste.

En jurisprudence, c'est principalement, en se fondant sur l'existence à l'époque de la conception de l'en-

fant, d'un mariage contracté par la mère avec un autre que le père désigné dans l'acte de naissance, que la nullité du prétendu mariage des père et mère de l'enfant a été prononcée :

Attendu, sans doute, dit la Cour de Douai (1), qu'en l'absence de tous autres titres ou documents sur la filiation, la loi ne permet pas de contester la légitimité de l'enfant qui a en sa faveur une possession d'état conforme à son acte de naissance, et de lui opposer le défaut de représentation de l'acte de mariage de ses père et mère, lorsque ceux-ci sont décédés ;

Que, dans cette hypothèse, le législateur, par sollicitude pour l'enfant dont l'état lui paraît digne d'intérêt, ne veut pas lui imposer la charge d'une preuve qu'il n'a pas toujours dépendu de lui de se procurer, et présume qu'un mariage légal a été célébré entre les père et mère décédés ; mais que cette présomption de la loi, fondée sur la supposition qu'un mariage valable a été préalablement contracté entre les père et mère de l'enfant, cesse d'avoir lieu quand il résulte d'un acte de l'état civil que, lors de la naissance de l'enfant, sa mère était engagée avec un autre individu dans les liens d'un précédent mariage ;

Qu'en pareil cas, la simple présomption que tire le législateur des énonciations de l'acte de naissance et de la possession d'état qui en dérive, doit céder à la preuve contraire et ne peut tenir contre les déclarations formelles contenues dans un autre acte de l'état civil ;

Attendu, en fait, qu'à la vérité, il a été inscrit sur les registres des actes de naissance de la ville de Lille, le 8 pluviôse au III, un acte de naissance dans lequel l'intimé a été déclaré, sous les noms d'Alexis-Joseph Vasseur, comme né du légitime mariage d'Alexis-Joseph Vasseur, né à Rebreuve-sur-Canche, et de Catherine-Joseph Paul, son épouse, native d'Esquerchin, âgée de 28 ans ;

Qu'il est vrai encore que, conformément à cet acte de naissance, l'intimé a joui jusqu'ici de la possession d'état d'enfant légitime d'Alexis-Joseph Vasseur et de Catherine-Joseph Paul ;

Mais, attendu que la présomption de légitimité qui résulte de ces faits et circonstances est détruite, dans la cause, par un acte de l'état civil de la ville de Lille, en date du 11 prairial an II, constatant que, ce jour là, Catherine-Joseph Paul, native d'Esquerchin, âgée de 28 ans, mère de l'intimé, a épousé Joseph-François Latruffe, sous-lieutenant, né à Troyes, le 19 mars 1750 ;

Que cet acte de mariage entre Joseph-François Latruffe et Catherine Paul constitue une preuve légale et authentique de l'impossibilité que Vasseur, né 7 mois et 28 jours après le mariage de sa mère avec Latruffe, puisse être le fils légitime de Vasseur et de

(1) Douai, 8 mars 1845, D. 45. 2. 163 ; S. 45.2. 321.

Catherine Paul ; que, par suite, c'est mal à propos que les premiers juges ont admis l'intimé à prendre part à la succession de Vasseur ;

Faisant droit sur les appels respectifs des parties, et sans s'arrêter aux fins de non-recevoir opposées à l'appelant, émendant le jugement dont est appel, déclare l'intimé sans aucun droit à la succession d'Alexis-Joseph Vasseur ; dit qu'il prendra sa part héréditaire dans la succession de Catherine Paul, sa mère légitime, au moins jusqu'à concurrence de la portion non disponible, c'est-à-dire d'un tiers, déclare la donation du 23 janvier 1826 valable jusqu'à ladite quotité, etc.. (1).

Faut-il encore admettre les adversaires de l'enfant à critiquer la validité du mariage, lorsque le motif énoncé ne résulte pas de l'absence d'une des conditions de fond essentielle au mariage, mais consiste, simplement, dans un vice relatif à sa célébration ?

S'il s'agit de la célébration même du mariage, il faudrait répondre affirmativement car ce que la loi interdit, dans l'article 197, c'est uniquement de contester la légitimité de l'enfant sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, or, du moment où la demande en nullité est basée, non sur l'acte écrit qui constate cette célébration, mais sur la célébration même, elle devra être admise.

S'il s'agit, au contraire, non de la célébration même du mariage, mais de l'acte écrit qui constate la célébration, il faudrait répondre négativement. L'acte, quelles que soient ses irrégularités, quelque informe qu'il puisse être, n'en laissera pas moins intacte la présomption de l'article 197.

Sans doute, l'acte de célébration est ici représenté

(1) Voir dans le même sens : Cass. 7 avril 1869, D. 69. 1. 449 ; S. 69. 1. 250.

et l'on ne se trouve plus dans les termes mêmes de l'article 197. La loi pourrait-on dire dans l'ignorance où l'on était de savoir où se trouvait l'acte de célébration, supposait qu'il était régulier, parce que, du moment qu'on en présume l'existence, on doit en même temps présumer que l'acte qui a été dressé est un acte normal et régulier. Mais cet acte est représenté, c'est, par exemple, un acte reçu par le ministre d'un culte et cet acte ne relate pas, ainsi qu'il arrive d'ordinaire, que le mariage religieux a été précédé de la célébration devant l'officier d'état civil. La présomption de l'article 197 ne saurait recevoir son application, dès lors que l'acte de célébration est représenté, puisque la double possession d'état n'est admise en preuve qu'à défaut de cet acte, et que, dans ce cas, si la légitimité des enfants ne peut être contestée, c'est « sous le *seul* prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration. »

Cette opinion doit être rejetée : la présomption de l'article 197 vaut preuve complète du mariage, elle est équivalente à un acte de célébration régulier. D'une part, rien ne prouve que l'acte irrégulier, qui est représenté par les adversaires des enfants, soit le seul acte de célébration qui ait été dressé. Il ne serait pas impossible que les époux, ayant constaté cette irrégularité, aient obtenu un jugement de rectification. Que si l'on opposait aux enfants un acte de mariage reçu par le ministre d'un culte, et omettant de mentionner la célébration civile, rien ne prouverait que les parents n'aient pas,

soit avant, soit depuis le mariage religieux, régularisé leur union. S'il est vrai que l'article 197 n'envisage que le cas où aucun acte de célébration ne serait représenté, c'est qu'il a statué *de eo quod plerumque fit*. Il est rare qu'un tel acte soit irrégulier, et le législateur n'a point songé à cette hypothèse extraordinaire. Mais un acte, même vicieux, constitue plutôt un argument à l'appui de la prétention des enfants qu'en faveur de leurs adversaires. En l'absence de tout acte, alors qu'il n'y avait d'autre preuve du mariage que la vie commune des époux et l'opinion qu'en avaient les familles et le public, il faut admettre le mariage pour établi, pourvu que les conditions de l'article 197 aient été remplies. *A fortiori* en devra-t-il être de même si un acte de célébration est représenté, encore que cet acte soit irrégulier dans la forme, car le mariage des parents est encore plus vraisemblable que dans le cas précédent.

Il convient donc d'approuver la jurisprudence qui applique l'article 197, lors même qu'un acte de célébration du mariage des parents est représenté.

Attendu, dit le Tribunal civil de la Seine (1), que les lois qui régissent l'état et la capacité des Français les suivent même en pays étranger ; qu'à plus forte raison, ces lois doivent être respectées par eux, lorsqu'ils se trouvent sur le territoire français ; que si la femme française qui épouse un étranger, suit la condition de son mari, ce n'est qu'après son mariage, c'est-à-dire un mariage valable ou conforme à la loi française, que la femme française, qui épouse un étranger, doit observer pour devenir étrangère par son mariage ;

(1) Tribunal civil de la Seine, 24 août 1819, sous Paris 18 décembre 1837, DALLOZ, Répertoire, V^e Mariage, n^o 590, n. 1 ; S. 38. 2. 113.

Attendu que le mariage n'est valable en France que lorsqu'il a été célébré devant l'officier de l'état civil compétent ; que la compétence de cet officier se règle, soit quant à sa capacité territoriale, soit quant à sa capacité absolue ou à celle d'officier public en elle-même ;

Attendu que la loi française méconnaît dans la personne du ministre des cultes reconnus en France, toute espèce de caractère d'officier de l'état civil ;

Attendu, en fait, que l'acte de célébration produit, émanant d'un ministre du culte de la confession d'Augsbourg, ne peut être d'aucune valeur aux yeux de la loi française ;

Mais attendu, en fait, que les père et mère de l'enfant dont s'agit sont tous deux décédés ; qu'il résulte des faits, circonstances et documents de la cause, qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme, et que leur enfant a joui de la possession d'état d'enfant légitime conformément à son acte de naissance, qui le qualifie d'enfant des sieur et dame Schuchhardt, mariés ;

Attendu que l'article 197 du Code établit une présomption de droit qui, en pareil cas, admet la légitimité de l'enfant, sans que ce dernier ait besoin de produire en outre l'acte de célébration du mariage de ses père et mère ;

Que, sans doute, une présomption de droit peut être détruite par la preuve contraire, mais par une preuve directe et décisive, et non par une preuve résultant d'autres présomptions opposées à celle de la loi ;

Que c'est ainsi que la loi dit, dans l'article précité, que la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, ce qui signifie que si l'on produisait, par exemple, la preuve de la célébration d'un autre mariage de chacun des père et mère, ou de l'un d'eux, avec une autre personne, la possession d'état des père et mère prédécédés, de mari et femme, et celle d'enfant légitime de leur enfant, céderait devant une preuve aussi directe de la célébration d'un autre mariage ;

Mais qu'on ne peut mettre au rang de ces preuves directes propres à détruire la présomption de la loi, l'acte irrégulier de la célébration de mariage des père et mère décédés ; qu'un pareil acte peut sans doute faire présumer que les dits père et mère n'ont pas réparé par une célébration régulière l'acte vicieux qu'on oppose aux enfants, mais ne prouve pas ce fait d'une manière invincible ; que la présomption de l'article 197, qui a reproduit les anciens principes, est fondée sur ce fait, que les enfants ignorent ce qui s'est passé avant leur naissance ; qu'ainsi, comme dans l'espèce, en présence d'un acte irrégulier qu'on leur oppose, ils sont dans l'impuissance de dire si leurs parents n'ont pas réparé, par une célébration régulière, ce que le premier acte avait d'incomplet ; qu'à cet égard, l'impuissance de la mineure dont s'agit serait d'autant plus complète, et par là même rentrerait d'autant plus sous l'application de la disposition protectrice de la loi, que cette mineure aurait à recher-

cher, non seulement en France, mais encore dans le pays de son père, l'existence d'un acte qui peut y subsister.... (1) »

La présomption de légitimité pourrait d'ailleurs être combattue, sans même que la validité du mariage des parents fut critiquée, toutes les fois que, à supposer le mariage prouvé et valable, l'enfant n'en serait pas moins illégitime. L'enfant, en effet, pour être légitime doit, en dehors du mariage de ceux dont il se prétend issu, démontrer que sa conception ou tout au moins sa naissance se place pendant le mariage. Un enfant établi, d'une part le mariage de ses parents grâce à la présomption de l'article 197, et, d'autre part, l'époque précise de sa naissance, soit à l'aide de l'acte de naissance, soit à l'aide du témoignage des personnes qui ont assisté à l'accouchement. La preuve directe de la conception n'étant pas possible, il ne peut invoquer que la règle de l'article 312 du Code civil. Si sa naissance se place au cours du mariage, ou moins de 300 jours après sa dissolution, il sera réputé avoir pour père le mari. Mais si les adversaires de l'enfant venaient à démontrer, à l'aide d'un acte de décès, qu'il est né plus de 300 jours après la mort de celui qu'il prétend être son père, sans doute il pourra avoir eu provisoirement le titre et les avantages d'un enfant légitime, mais cette légitimité lui serait à bon

(1) Voir arrêt confirmatif, Cass. 11 août 1841, DALLOZ, *Rép.* V° Paternité et filiation, n° 323, n. 1; S. 41. 1. 616. — Voir en outre dans le même sens, Montpellier, 4 février 1824, DALLOZ, *Rép.*, V° Paternité et filiation, n° 334, note 1; S. 25. 2. 118; — Toulouse, 4 juillet 1843, S. 44. 2. 398.

droit contestée et les tribunaux devraient donner gain de cause à ses adversaires (art. 315 C. Civ.).

§ 2. — *Moyens de preuve à l'aide desquels la présomption de l'article 197 pourra être détruite.*

La présomption de l'article 197 du Code civil est, ainsi que nous l'avons vu, susceptible d'être combattue par la preuve contraire. Il y a peu de difficultés lorsqu'il s'agit d'une nullité du mariage : les adversaires de l'enfant ont alors le choix entre tous les moyens de preuve admis par le législateur. Et pourtant, même dans ce cas, il sera parfois très difficile de prouver la nullité invoquée. Comment démontrera-t-on qu'un des prétendus époux était en état de démence lors d'un mariage dont on ne sait même pas le jour de la célébration ? Mais la difficulté s'accroît encore lorsqu'il s'agit de cette célébration ou lorsqu'il s'agit d'établir toute autre preuve contraire tendant à faire écarter la présomption de l'article 197. Comment, dans ces divers cas, la preuve contraire pourra-t-elle être administrée ?

On est tenté de répondre que cette preuve sera faite dès lors que des faits exclusifs de la célébration du mariage ou de sa régularité auront été démontrés. Mais pratiquement on aperçoit mal comment une preuve *directe* pourrait être établie à cet effet.

Il faut renoncer à démontrer l'inexistence d'une célébration dont ni la date, ni le lieu ne sont connus.

Demante (1) suppose que, les publications étant faites, il est établi par un acte de décès que l'un des futurs est mort avant le jour où, d'après les publications, le mariage devait avoir lieu. Il y aurait là, d'après lui, une preuve contraire absolument directe. Il n'en est rien, car le mariage peut fort bien avoir été célébré avant l'époque fixée par les publications.

En présence de cette difficulté de fait, Demolombe, qui cependant n'admet pas que le juge puisse se décider sur de simples présomptions et qui exige une preuve directe exclusive de la possibilité d'une célébration régulière du mariage, reconnaît à ce juge le pouvoir d'apprécier, ce fait, la force probante des faits démontrés par les adversaires de l'enfant. Cette opinion renferme une singulière contradiction, car si de simples présomptions ne suffisent pas, le juge ne saurait avoir aucun pouvoir d'appréciation.

Si, disent certains auteurs (2), on exige que les adversaires de l'enfant démontrent au moyen d'une preuve directe que le prétendu mariage ne peut avoir été régulièrement contracté ou célébré, il faut en conclure, qu'en fait, la présomption de l'article 197, bien que ne constituant qu'une présomption *juris tantum*, équivaut à une présomption *juris et de jure*, et que les adversaires de l'enfant ne pourront jamais repousser

(1) DEMANTE, t. I, n° 279 bis.

(2) LAURENT, t. III, n° 15.

une présomption que des faits nombreux et concordants rendent absolument invraisemblable.

D'après ces auteurs l'exigence d'une preuve directe ne se justifierait d'ailleurs, ni en fait, ni en droit (1).

En fait, si lorsque les conditions requises pour l'application de l'article 197 sont réalisées, l'enfant se trouve dispensé de représenter l'acte de mariage de ses parents, sa légitimité ne saurait, pour autant, être plus sûrement établie que s'il avait produit cet acte même. Or, si cet acte était représenté, les adversaires de l'enfant pourraient l'attaquer et démontrer que la célébration a été irrégulière; il en devra être ainsi, à plus forte raison, quand l'enfant n'aura pas pu rapporter cet acte.

En droit, il n'y aurait pas dans l'article 197 une véritable présomption, c'est-à-dire une induction tirée d'un fait connu à un fait inconnu. La possession d'état ne suppose pas, en effet, nécessairement le mariage, et, dès lors, de ce qu'elle existe il n'en résulte pas, même par induction, que les père et mère de l'enfant sont unis par le mariage. Il nous semble qu'il est également inexact d'exiger une preuve directe en excluant les présomptions, ou de se contenter de ces dernières. La vérité nous paraît donc être que la preuve doit être directe, mais peut se faire par présomption.

Elle doit être *directe*, c'est-à-dire se rapporter à l'irrégularité de la célébration du mariage ou à l'inexis-

(1) LAURENT, t. III, n° 15.

tence d'une possession d'état d'époux légitimes. Elle peut être établie à l'aide de *présomptions*, c'est-à-dire que le juge pourra librement apprécier si, étant données les circonstances, il y a lieu de croire que le mariage a été célébré irrégulièrement ou que les prétendus époux n'ont pas vécu publiquement comme mari et femme.

D'abord, nous avons précédemment admis que l'enfant devait établir directement la double possession d'état acquise par l'application de l'article 197, mais qu'il pouvait le faire au moyen de simples présomptions. Il faut en dire autant de ses adversaires, car on ne saurait les mettre dans une situation inférieure ou supérieure à celle de l'enfant. Si, pour faire tomber la présomption de l'article 197, on n'exige pas une preuve directe, si l'on se contente du moindre indice, n'ayant qu'un rapport éloigné avec la validité du mariage supposé, la régularité de sa célébration, ou la possession d'état que l'enfant prétend avoir été celle de ses père et mère, on tend à rien moins qu'à détruire cette disposition légale.

De plus l'article 197 établit au profit des enfants une présomption qui doit leur tenir lieu de la représentation de l'acte du mariage. Cet acte aurait pu être attaqué, mais il n'eût pu l'être que directement. Il en doit être de même de la présomption qui le supplée. On objecte, il est vrai, que l'article 197 n'établirait pas une présomption au sens propre du mot. Mais c'est là une erreur : du fait connu, le genre de vie des prétendus

époux et de l'opinion qu'en avaient leurs familles et la société, la loi tire cette conséquence qu'ils ont dû être mariés (art. 1349 C. civ.). Il n'est pas nécessaire pour qu'il y ait présomption que la possession d'état d'époux soit en corrélation forcée avec le mariage même.

C'est donc avec raison que la jurisprudence a décidé qu'il ne suffirait pas, pour faire écarter la présomption de l'article 197, d'un acte quelconque où l'enfant serait désigné, fut-ce par son père, comme enfant naturel. Il ne saurait dépendre des parents, à plus forte raison des tiers, d'établir à leur guise ou de modifier l'état de l'enfant, et d'ailleurs, la déclaration contenue dans l'acte pourrait être mensongère ; cet acte ne constitue pas une preuve directement contraire ni à la validité du mariage, ni à la possession d'état.

Attendu, dit la Cour de Bordeaux (1), que si, en thèse générale, les époux sont obligés, pour justifier la légitimité de leur union, de rapporter l'acte de célébration du mariage, il n'en est pas de même lorsque la question de légitimité s'agit à l'égard des enfants ;

Attendu que, suivant l'ancien droit français, dont les principes ont été reproduits par l'article 197 du Code civil, il faut observer, dans ce cas, si les père et mère sont décédés, et qu'il suffit alors qu'ils aient vécu comme époux légitimes, et que leurs enfants aient une possession d'état, qui ne soit pas contredite par leur acte de naissance ;

Attendu, dans le fait, que Jean Laquille et Guillaumette Maury, père et mère de l'intimé, étaient décédés alors que la qualité de fils légitime lui a été contestée ; que dès lors il suffit de justifier que ses père et mère ont vécu publiquement comme mari et femme, qu'il a la possession d'état de fils légitime, et que son acte de naissance n'y était pas contraire ;

Attendu qu'une série d'actes authentiques et non équivoques constate que Jean Laquille et Guillaumette Maury ont vécu publiquement comme mari et femme, qu'ils ont contracté mariage le 13

(1) Bordeaux, 28 janvier 1835, S. 35. 2. 313 ; DALLOZ, *Répertoire*, V° Paternité et filiation, n° 327, note 1.

août 1779, en présence des deux familles réunies, devant Pontau, notaire ; Que le 26 septembre suivant ils reçurent la bénédiction nuptiale du desservant de la succursale de St-Pompon ; que le 26 floréal an VIII (16 mai 1800), Jean Laquille fit inscrire son fils sur les registres de l'état civil, en déclarant qu'il était né de Guillaumette Maury, son épouse en légitime mariage ; que Guillaumette Maury étant décédée le 6 décembre 1806, on lui donna, dans son acte de décès la qualité d'épouse de Jean Laquille ; Que, dans un acte de remplacement du 4 juillet 1821, Jean Laquille, stipulant pour l'intimé, lui donna la qualité de son fils ; Que, dans son acte de décès du 9 novembre 1834, Jean Laquille est qualifié d'époux en secondes noces d'Anne-Célestine Bardenat ; Que cette qualification ne lui a été donnée que parce qu'un premier mariage avait précédé le second ; Qu'il faut donc reconnaître, à la vue de ces actes, que les père et mère de Pierre Laquille ont vécu publiquement comme époux, et que, jusqu'au décès de l'un et de l'autre, ce premier mariage a été publiquement reconnu ;

Attendu, quant à la possession d'état de Pierre Laquille, que, dans son acte de naissance signé par son père, il est exprimé qu'il est fils de Jean Laquille et de Guillaumette Maury, son épouse en légitime mariage ; qu'il a toujours vécu avec la qualité qui lui était donnée par son acte de naissance ; Que, dans l'acte de remplacement précité, il est qualifié de fils de Jean Laquille ; Que dans la société et dans sa famille, cette qualité ne lui avait pas été contestée jusqu'au procès actuel ; Que son acte de naissance, loin de contredire sa possession d'état, devient le premier titre de sa légitimité ; Que si, dans l'acte du 26 septembre 1809, qui contient les conventions de son second mariage, Jean Laquille a déclaré avoir un enfant naturel nommé Pierre Laquille, et le reconnaître comme tel, cette déclaration faite, hors de la présence du fils, n'a pu détruire celle qui avait été faite dans son acte de naissance par son père, et préjudicier à ses droits constatés par tous les autres actes qui viennent d'être rappelés ;

Attendu qu'en admettant que les registres de l'état civil de la commune de Saint-Pompon eussent été régulièrement tenus, et qu'ils ne contiennent pas l'acte de mariage de Jean Laquille et Guillaumette Maury, il n'en résulterait pas que leur mariage n'a pas eu lieu et qu'indépendamment de la représentation de cet acte de mariage, il suffit à l'intimé de sa possession d'état et de son acte de naissance pour prouver sa légitimité ;

Que dès lors il y a lieu de rejeter les conclusions subsidiaires de l'appelant ;

Confirme, etc..... (1).

La Cour de Paris s'était, au contraire, prononcée en ce sens que la possession d'état de l'enfant pourrait

(1) En ce sens, Cour de Grenoble, 5 février 1807, S. 1807. 2. 84 ; DALLOZ, *Répertoire*, V^o Paternité et filiation, n^o 253, note 1.

être contredite par des actes émanant du père ou de la mère et le qualifiant d'enfant naturel (1).

D'autre part, nous avons vu que la production par les adversaires de l'enfant d'un acte irrégulier de célébration, quelque grave que soit cette irrégularité, ne suffirait pas à faire tomber la présomption de l'article 197, parce que le mariage peut avoir été depuis régulièrement célébré.

Il faut donc que les adversaires de l'enfant démontrent par une preuve directe que le mariage n'a pas pu valablement exister. Mais, ils pourront faire cette preuve même à l'aide de *simples présomptions*. Il faut bien qu'il en soit ainsi, si l'on veut traiter d'une manière égale l'enfant et ses adversaires.

D'ailleurs, la loi ne renferme aucune disposition spéciale à ce sujet ; or la possession d'état résulte d'un ensemble de faits, et comme la preuve d'un fait peut toujours être établie par témoins, et, en conséquence par présomption, il en résulte que la preuve contraire pourra être faite de la même façon. Il suffit donc que les adversaires de l'enfant établissent, de quelque manière que ce soit, que les prétendus époux n'ont jamais été considérés ou ne se sont jamais comportés comme mari et femme, ou, encore qu'ils ont, à maintes reprises, et en présence de témoins, déclaré s'être mariés dans tel lieu et à telle date, et que l'acte de célé-

(1) Voir Paris, 11 mai 1816, S. 1817. 2. 44 ; DALLOZ, *Répertoire*, V^o Pater-
nité et filiation, n^o 328, note 1.

bration de ce mariage existe et qu'il démontre que le seul titre de leur union qu'aient toujours invoqué les père et mère de l'enfant prouve l'irrégularité de leur mariage.

On voit, par cet exemple, que des actes qui, isolés, ne constitueraient pas une preuve directe, peuvent par leur réunion acquérir la force probante. C'est que ces actes ont précisément, en s'unissant, revêtu eux-mêmes le caractère de preuves directes. L'acte, en soi, ne signifiait rien à l'encontre de l'existence ou de la validité du mariage. Mais on démontre, d'abord, que c'est sur ce seul acte que les époux se fondaient lorsqu'ils se disaient mariés. De ce moment, l'acte devient une preuve contraire dès lors qu'il résulte de son contenu que le mariage était nul ou irrégulièrement célébré. A la présomption alléguée par l'enfant, ses adversaires ont répondu en établissant plus fortement la présomption contraire.

On pourrait objecter au système que nous venons de développer, d'une part qu'il est contraire à cette règle que la présomption de l'article 197 doit avoir pour les enfants la même valeur probante que la représentation de l'acte de célébration du mariage et, d'autre part, qu'il est contradictoire en ce qu'il aboutit à dispenser les adversaires de ceux-ci de fournir une preuve directe après avoir déclaré que cette preuve était nécessaire.

La première objection renferme une pétition de principe ; il est très exact, sans doute, que la présomp-

tion de l'article 197 équivaut à la représentation de l'acte de célébration du mariage, mais c'est à la condition d'être elle-même établie et elle ne l'est que si aucune preuve contraire n'est administrée.

La deuxième objection n'est pas mieux fondée. Ce qu'il faut entendre par preuve directe, c'est la preuve d'un ou de plusieurs faits concernant la régularité de la célébration du mariage. La preuve indirecte serait celle qui n'aurait qu'un rapport éloigné avec cette célébration. Ainsi en serait-il, comme il a été dit plus haut, d'un acte notarié où l'enfant serait qualifié d'enfant naturel : il y a bien là, si l'on veut, une présomption, mais elle n'est pas pertinente. Si, au contraire, on entend démontrer un fait relatif à la célébration même du mariage et établissant qu'elle n'a pu être régulière, la preuve pourra être faite de toutes façons et même par présomptions.

On évite ainsi la contradiction justement reprochée à Demolombe qui, se refusant à admettre en preuve les présomptions, reconnaît au juge un souverain pouvoir d'appréciation. Sans doute, on ne pourra pas, en fait, même par présomptions, démontrer l'inexistence d'un mariage dont la date et le lieu sont également ignorés ; mais, du moins, on pourra peut-être détruire la possession d'état invoquée par l'enfant toutes les fois que la célébration aura été irrégulière ou que des témoignages dignes de foi auront établi qu'au regard de leurs familles et du public

et dans leurs rapports réciproques, les prétendus époux n'avaient jamais joui de cette possession d'état.

§ 3. — *Des personnes qui peuvent invoquer la présomption de l'article 197.*

La présomption de légitimité admise par l'article 197 ne profite-t-elle qu'aux seuls enfants ? Leurs héritiers ou successeurs peuvent-ils l'invoquer ? En serait-il de même de tous intéressés, quels qu'ils soient ? Telle est la question qui nous reste à examiner.

On pourrait être tenté de n'accorder qu'aux enfants le bénéfice de la présomption de l'article 197, et les raisons ne manqueraient pas (1).

D'abord le texte même de l'article 197 ne parle que d'eux, il ne se réfère qu'au cas « où il existe des enfants », et, comme, d'autre part, cet article déroge au droit commun, il convient de l'interpréter restrictivement et de ne pas en étendre l'application en faveur d'autres personnes.

D'ailleurs, la tradition, ainsi que les travaux préparatoires, militent également en ce sens. L'ordonnance de 1667 sur la procédure civile n'admettait la preuve du mariage résultant de la possession d'état de leurs auteurs qu'en faveur des enfants issus du mariage. Lors des travaux préparatoires, Portalis, Cambacérès et Tronchet ne se préoccupèrent également que des enfants. « Il est permis aux enfants, disait ce

(1) Voir en ce sens, MOURLON. t. I, n° 724 et 728 *in fine*.

dernier, d'ignorer où leurs père et mère ont été mariés..... Quand tous deux sont décédés, la possession d'état doit suffire aux enfants... »

Enfin, il n'est pas douteux que l'article 197 a pour fondement la faveur due à la légitimité. Les successeurs de l'enfant n'ont qu'un intérêt pécuniaire ; la bienveillance du législateur ne saurait s'étendre jusqu'à eux.

La jurisprudence et la grande majorité des auteurs se sont prononcés contre cette opinion. Avec raison, ils admettent que la présomption de l'article 197 s'applique au profit de tous ceux qui ont à se prévaloir de la légitimité des enfants, c'est-à-dire à leurs héritiers ou ayants droit et même à tous les intéressés. C'est ce qui a été notamment décidé dans un arrêt de la Cour de Cassation du 28 février 1872 (D. 72. 1. 97 ; S. 72. 1. 97).

Attendu, dit cet arrêt, que dans le cas spécial prévu par l'article 197, la possession d'état est considérée comme un moyen de preuve pour établir, à défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage de ses père et mère, la légitimité de l'enfant qui est en possession de cet état ;

Que, par une conséquence directe et nécessaire, ce mode de preuve a aussi pour effet de constater les rapports de parenté que cette légitimité établit entre cet enfant et les membres de la famille à laquelle le rattache cette possession d'état ;

Que, dès lors, ce mode de preuve, tout en demeurant subordonné, quant à son exercice, aux conditions de l'article 197, n'est pas limité à l'enfant, et que, même après son décès, il peut aussi être invoqué par des collatéraux, pour établir les rapports de parenté que cet état civil a créé, à l'effet d'exercer les droits que la loi y attache.

Les termes de cet arrêt laisseraient supposer que la Cour de Cassation n'admet à se prévaloir de la dis-

position de l'article 197 que les parents de l'enfant, à l'exclusion des étrangers. La Cour de Nîmes reconnaît ce droit même aux non-parents, pourvu qu'ils soient ses héritiers (1).

Attendu, dit cet arrêt, qu'aux termes de l'article 197 du Code Napoléon, la légitimité ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état conforme à l'acte de naissance;

Que le législateur n'a point ajouté que cette expression serait personnelle aux enfants et ne pourrait être opposée *par ceux qui les représentent* ; qu'en règle générale, l'héritier est appelé à faire valoir tous les droits actifs et passifs de celui à la place duquel il se trouve ; qu'il n'en est autrement que dans les cas où la loi l'a ainsi ordonné par une disposition expresse.

D'après cette jurisprudence, tous les héritiers de l'enfant, qu'ils soient parents ou non, pourraient se prévaloir des droits dérivant de la légitimité établie par une double possession d'état non contredite par l'acte de naissance.

Les arguments de ceux qui soutiendraient que la disposition de l'article 197 ne s'appliquerait qu'aux enfants seuls, ne sont point convaincants.

Le texte de l'article 197, lorsqu'il dit « s'il existe des enfants », n'a point entendu dire que cet article ne s'appliquait qu'au profit des enfants vivants, mais seulement qu'il devait y avoir eu des enfants *issus du mariage*. Il serait inexplicable, en effet, que les petits-enfants ne jouissent pas des mêmes droits que leurs père ou mère. D'ailleurs, en principe, l'héritier succède

(1) Nîmes, 18 juin 1860, D. 61. 2. 182 ; S. 61. 2. 325.

activement et passivement à tous les droits de son auteur, pour qu'il en fut autrement, il faudrait une disposition expresse de la loi et cette disposition n'existe pas. Peu importe que l'action ait été intentée avant ou après la mort de l'enfant, le résultat ne doit pas changer. L'enfant est ou n'est pas légitime ; s'il l'est, ses héritiers ont le droit de s'en prévaloir.

Si, au cours des travaux préparatoires, on ne s'est préoccupé que de l'enfant, cela tient uniquement à ce que le législateur s'est placé en présence de l'hypothèse la plus commune. En principe, en effet, ce sont les enfants qui auront à invoquer les dispositions de l'article 197. Mais les rédacteurs du Code n'ont pas dit expressément qu'ils entendaient exclure les héritiers des enfants.

S'il est exact que l'article 197 ait pour fondement la faveur due à la légitimité, il ne l'est pas moins que ce n'est pas son fondement unique, et que ce texte n'ait pas pour but de permettre la preuve du mariage lorsqu'il est impossible de représenter l'acte de célébration. Or, cette impossibilité existe aussi bien pour les héritiers des enfants que pour ceux-ci ; et on pourrait même dire qu'elle s'accroît en raison de ce que, à la différence des enfants, ils n'ont point eu l'occasion d'entendre parler de la célébration du mariage. Puis, les petits-enfants ou même les autres héritiers, s'ils sont parents, n'ont-ils pas intérêt à ce que l'honneur de l'enfant décédé, qui est en somme celui de la famille, demeure

intact? Et les enfants eux-mêmes, lorsqu'ils invoquent l'article 197, n'ont-ils jamais qu'un intérêt moral? S'ils n'avaient qu'un intérêt pécuniaire, seraient-ils privés pour cela du bénéfice des dispositions de cet article?

L'article 197 est donc applicable aux héritiers ou ayants droit des enfants, comme aux enfants eux-mêmes.

Faut-il aller plus loin, et reconnaître que tous les intéressés, sans exception, pourront s'en prévaloir?

Sans doute, lorsque l'article 197 exige qu'« il existe des enfants issus du mariage », il n'entend pas limiter l'effet de ses dispositions aux seuls enfants vivants. D'un autre côté, tous les articles qui environnent l'article 197, aussi bien ceux qui le précèdent que ceux qui le suivent, ont une portée générale et absolue, ils peuvent être invoqués par tous les intéressés. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi de l'article 197 lui-même? En principe la force probante d'un fait allégué ne varie pas suivant les personnes qui l'invoquent. Si on comprend que la loi limite parfois à certaines personnes le droit d'intenter une action déterminée, par exemple l'action en désaveu de paternité, il n'en est plus de même lorsqu'il ne s'agit que d'une question de preuve.

La preuve est, en effet, indépendante de la personne qui la fait valoir; elle est ou n'est pas, et cela au profit de tous les intéressés. Telle est la règle générale et, dès

lors que l'article 197 ne contient pas sur ce point une restriction formelle, il faut l'appliquer.

Malgré la force de ces objections, il convient de ne reconnaître qu'aux héritiers ou ayants droit de l'enfant, la faculté d'invoquer l'article 197.

Cet article a un caractère exceptionnel. En droit commun, la preuve du mariage ne peut résulter que de la représentation de l'acte de mariage (art. 194). Si l'article 197 déroge à cette règle, ce n'est qu'en faveur des enfants, et, si l'on se range à l'opinion que nous avons développée plus haut, de ceux qui les représentent. Que s'il est exact que la valeur probante d'un fait ne varie pas selon les personnes qui s'en prévalent en justice, le législateur avait le droit, en faveur de la légitimité, de se contenter, en ce qui concerne les enfants et leurs représentants, mais eux seuls, d'une preuve moins certaine que la preuve généralement requise. La solution contraire n'aboutirait à rien moins qu'à détruire les dispositions des articles 194 et 195. Enfin, on ne comprendrait pas pourquoi le législateur a mis comme première condition à l'application de l'article 197, qu'il y ait des enfants issus du mariage, si on permet à d'autres qu'à ces enfants ou à leurs représentants d'invoquer cet article.

En conséquence, non seulement les époux eux-mêmes, mais encore leurs ascendants ou collatéraux, même après la mort des époux, ne sauraient invoquer le bénéfice de l'article 197.

La jurisprudence a parfois, en ce qui concerne non les enfants, mais leurs descendants, interprété d'une manière très large et certainement abusive l'article 197. Elle y a été amenée par cette considération de fait que les petits-enfants éprouvent une grande difficulté à établir, même par la possession d'état, le mariage de leurs grands-parents. La Cour de Bourges, dans un arrêt du 4 juin 1823 (1), n'a pas hésité à les dispenser de cette preuve :

Considérant, dit la Cour, qu'à la vérité l'article 197 semble exiger que les père et mère aient vécu publiquement comme mari et femme, mais que la loi ne parle dans cet article que des enfants et non des petits-enfants ;

Que si on recherche les causes pour lesquelles l'article 197 ne doit pas s'appliquer aux petits-enfants, c'est qu'à mesure qu'on s'éloigne des faits, la preuve en devient presque toujours difficile et souvent impossible ;

Qu'en effet le droit de succéder s'étend jusqu'au 12^e degré, et que si l'on prend sous le nom d'enfants tous les descendants, on pourrait en certains cas remonter jusqu'à deux cents ans, et par là bouleverser les familles et les réduire au désespoir, puisqu'il serait impossible de prouver qu'alors les époux vivaient comme mari et femme.

Il est à peine utile de faire remarquer que cet arrêt est en opposition avec tous les principes admis par le Code, en ce qui touche à la preuve du mariage, et que les motifs de fait invoqués, ne sauraient prévaloir contre les dispositions formelles des articles 194 et 197 du Code civil.

(1) Cour de Bourges, 4 juin 1823, S. chr. ; DALLOZ, *Répertoire*, V^o Paternité et filiation, n^o 339, note 1.

CHAPITRE III

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Si, dans notre droit interne, la possession d'état ne sert qu'à prouver le mariage dans des cas d'ailleurs exceptionnels, on conçoit qu'elle peut être appelée à jouer un rôle d'une tout autre importance en droit international privé. Les mariages célébrés à l'étranger ne seront pas toujours constatés par un officier d'état civil, et une question de même ordre se posera pour les mariages même célébrés en France, lorsque les époux sont étrangers. En effet, la loi applicable aux formalités du mariage est, d'un avis unanime, la *lex loci contractus*, c'est-à-dire la loi du lieu où le mariage est contracté. Le droit de se marier est, au premier chef, un droit naturel et on ne saurait en subordonner la jouissance à l'accomplissement des formalités requises par la loi personnelle des époux, d'autant que ces formalités seraient souvent rendues impossibles soit parce que les époux appartiendraient à des nationalités différentes, soit parce qu'il n'y aurait pas dans le pays d'officier public ayant qualité pour procéder à la célébration de l'union. C'est pourquoi l'article 170 du Code civil s'inspirant des décisions de notre ancienne juris-

prudence dispose que « le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays.... »

On examinera successivement les effets de la possession d'état selon qu'un Français contracte mariage sur un territoire étranger, ou qu'un étranger se marie en France.

SECTION I

De la possession d'état en ce qui concerne le mariage d'un Français à l'étranger.

Dans un certain nombre d'Etats, le mariage peut être contracté *solo consensu*. Si un Français se marie de la sorte, son mariage sera-t-il valable ? et pourra-t-il se servir de la possession d'état en manière de preuve ?

En dehors de ce cas, et même lorsque le mariage doit être célébré dans des formes solennelles, quel rôle jouera la possession d'état ?

Telles sont les deux questions qu'il convient d'étudier.

§ 1. — *Du mariage contracté solo consensu et de sa preuve par la possession d'état.*

Parmi les Etats qui ont conservé les principes du droit canonique antérieur au Concile de Trente, il faut citer en premier lieu l'*Ecosse*. En Ecosse, à côté du mariage régulier, précédé de publications et célébré par un ministre du culte, existe un mariage dit irrégulier.

lier qui produit les mêmes effets. On donne encore, à ce mariage, le nom de mariage *per verba de præsenti* ; aucune cérémonie d'aucune sorte civile ou religieuse ne l'accompagne ; il n'est point constaté par écrit ou par témoins. Le consentement réciproque suffit, et ce consentement, même au bout d'un nombre indéfini d'années, peut être établi par tous les modes de preuve, par exemple par serment et même par commune renommée ; *a fortiori* le pourrait-il l'être par la possession d'état. Mais il y a plus, le droit écossais reconnaît même la validité des paroles de futur (*verba de futuro*) suivies de la *copula carnalis*. Les paroles de futur n'auraient à elles seules que la valeur de simples promesses de mariage ; suivies de la cohabitation, il y a mariage. Ici la possession d'état, ou tout au moins son principal élément, joue un rôle déterminant : elle constitue un consentement complémentaire, une réalisation des promesses antérieures.

Les mariages de Gretna-Green sont célèbres. Pour éviter soit de requérir le consentement de leurs parents, soit la publicité qui eût accompagné leur mariage en Angleterre, beaucoup de personnes traversaient la frontière écossaise, et, à quelques pas de cette frontière, à Gretna-Green, elles échangeaient immédiatement leurs serments devant le forgeron du pays qui jouait non pas le rôle de célébrant, mais celui de simple témoin. Ce mariage est aujourd'hui à peu près inusité, parce que d'une part la loi anglaise actuelle autorise facilement

la dispense des publications, de sorte que les ascendants ne sont point informés du mariage et que, d'autre part, un acte du Parlement de 1856 (*stat.* 19 et 20 Vict., chap. CXLVI) a annulé tout mariage, même régulier, lorsque les époux n'ont pas résidé en Ecosse pendant au moins vingt et un jours.

Aux *Etats-Unis*, en principe, aucune formalité n'est également requise pour la célébration du mariage, et le consentement réciproque suffit. Telle est la règle générale. Mais certains Etats exigent soit l'intervention d'un magistrat, soit celle du ministre d'un culte (1).

En *Turquie*, le mariage est considéré également comme une simple convention dépendant de l'accord de deux volontés, celle du mari qui constitue l'offre (*idjab*) et celle de la femme qui constitue l'acceptation (*gabaul*). Aucune intervention du ministre du culte ou d'un officier d'état civil n'est nécessaire. Il en est, d'ailleurs, ainsi en droit musulman, encore que Mohammed ait donné un caractère pieux au mariage et que ce soit un usage constant chez les adeptes de la religion musulmane d'achever les fêtes par une prière en faveur des époux et la lecture du premier chapitre du *Coran*.

Un mariage ainsi contracté *solo consensu* par un Français sera-t-il valable ? La jurisprudence et les au-

(1) Voir pour l'Etat de New-York, L. 1888, *Ann. lég. étr.* 1888, p. 946 ; — pour celui d'Illinois, L. 1^{er} juillet 1879, *Ann. lég. étr.* 1879, p. 816. — Adde : COUVENS, *Marriage and divorce in the United-States*, pp. 15 et 3.

teurs se prononcent unanimement pour l'affirmative, toutes les fois qu'il n'est pas établi que les Français sont allés en pays étranger pour frauder leur loi nationale.

On ne saurait objecter les termes dont se sert l'article 170 du Code civil « le mariage.... sera valable, s'il a été *célébré dans les formes usitées dans le pays...* », ce qui impliquerait qu'il faudrait une célébration solennelle et des formalités déterminées, et que le législateur aurait exclu du bénéfice des dispositions de l'article 170 les unions contractées *solo consensu*.

On a répondu à cette objection que le législateur n'avait sans doute point songé, lors de la rédaction du Code civil, pas plus qu'il ne l'a fait depuis lorsqu'il a réformé l'article 170 (Loi du 21 juin 1907) qu'il existait des législations, d'ailleurs très rares, où les unions pouvaient être contractées *solo consensu*. Mais que sa volonté n'était pas douteuse et qu'il avait entendu que les Français puissent, en quelque endroit qu'ils se trouvent, se marier valablement, sous la seule condition d'observer les formes locales et que cette volonté serait méconnue s'ils en étaient empêchés, sous le seul prétexte que la loi locale n'exige aucune formalité.

Si un mariage contracté *solo consensu* est valable toutes les fois que la loi locale n'exige aucune solennité, il faut admettre que ce mariage pourra être prouvé en France par tous les moyens reconnus par la loi du pays où le mariage a eu lieu. Sur ce point, les termes de

l'article 170 du Code civil ne laissent place à aucun doute.

D'ailleurs, d'une manière générale, il résulte de la règle « *Locus regit actum* » que, quand les parties ont observé les formes locales et ne se sont pas mariées devant l'agent diplomatique ou consulaire de leur pays, c'est d'après la loi étrangère que devra être rapportée la preuve du mariage.

Dans tous les pays où le mariage est purement consensuel, tous les modes de preuve sont admis. C'est alors une simple question de fait, et la preuve d'un fait s'établit par tous moyens. Généralement cette preuve se fera par témoins. Mais les témoins peuvent manquer, soit parce qu'il n'y en a pas eu, soit parce qu'ils sont décédés, soit enfin parce qu'ils se trouvent dans l'impossibilité morale ou physique de témoigner. L'aveu ou le serment ne peuvent plus être employés après la mort des parents. La preuve du mariage ne pourra donc résulter, dans bien des cas, que de la possession d'état; elle devra l'être si la loi locale ne s'y oppose pas (1).

Attendu, dit la Cour de Cassation, dans l'arrêt du 13 janvier 1857, qu'il s'agit du partage de la succession de la duchesse de Plaisance, décédée à Athènes, mais Française et domiciliée en France; que le duc de Valmy et le vicomte de Léry, héritiers de la ligne paternelle, ont contesté à la dame Ridgway, et aux consorts Willing, sujets américains, habitant l'État de Pensylvanie, le droit

(1) Voir Cass. 20 décembre 1841, S. 42. 1. 321; DALLOZ, *Répertoire*, Vo Mariage, n° 388-8°, note 1; — Paris, 12 février 1856, sous Cassation, 13 janvier 1857, S. 57. 1. 81; D. 57. 1. 106; — Paris, 20 janvier 1873, D. 73. 2. 59; S. 73. 2. 177.

de recueillir la part afférente à la ligne maternelle, comme n'établissant pas, non leur filiation avec William Moore et Sarah Lloyd, auteurs d'Elisa Moore, mère de la duchesse de Plaisance, mais la légitimité du mariage des sus-nommés avant la naissance de leurs enfants, remontant aux années 1759 et 1764 ;

Attendu qu'il est constant que la légitimité par mariage subséquent n'est pas admise par le statut de Pensylvanie, seule loi applicable à la cause, mais que les défendeurs éventuels, loin d'invoquer à l'appui de leur filiation la légitimation qui aurait eu lieu au profit d'Elisa et de Thomas Moore, ont, au contraire, toujours prétendu que ceux-ci étaient issus du mariage de William Moore et de Sarah Lloyd, et qu'ils en rapportaient la preuve ;

Qu'il est également constant que le statut de l'État de Pensylvanie n'exige ni acte civil, ni acte religieux, ni acte authentique, ni même acte privé, pour constater l'existence légale du mariage légitime, et qu'il suffit, pour le prouver, *de la notoriété résultant de la cohabitation et de la réputation en qualité de mari et femme légitimes* ;

Attendu qu'il a été établi en fait par l'arrêt attaqué, qu'en 1784, lors du mariage du marquis Barbé de Marbois avec Elisa Moore, Sarah Lloyd, femme William Moore, mère de la marquise Barbé de Marbois, avait pris la qualité de femme mariée ; qu'en 1787, elle avait pris le même titre dans un acte de cession, fait à des tiers, d'immeubles que lui avait attribués un contrat de 1759 ; que, dans un testament du 6 décembre 1787, Sarah Lloyd, partage, *entre les enfants issus de son mariage*, les biens recueillis dans la succession de son père ;

Que ces actes et ces faits se lient et se rattachent entre eux sans aucune interruption ; qu'ils ont eu une durée indéterminée ; et qu'en présence de ces documents ayant un caractère public et certain, l'arrêt a pu tirer la conséquence *qu'à toute époque et en toute circonstance*, William Moore et Sarah Lloyd avaient eu la possession d'état qu'engendre le mariage et remontant à 1757 ; que, notamment, d'après les actes de 1784 et 1787, ci-dessus cités, Elisa et Thomas Moore étaient nés à l'ombre de ce mariage, et que leur légitimité étant dès lors prouvée conformément au statut de Pensylvanie, les défendeurs éventuels avaient droit à la succession de la duchesse de Plaisance comme héritiers de la ligne maternelle ; qu'ainsi l'arrêt attaqué n'a fait qu'apprécier souverainement, comme il en avait le droit, les actes, faits et circonstances de la cause, et qu'il n'a violé aucun article de loi ...

L'admission de la preuve du mariage par la possession d'état entraîne cette conséquence que le juge français jouit d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les faits complexes d'où se déduit cette possession d'état. Les lois étrangères, qui se conten-

tent de cette preuve, distinguent en général deux éléments : la réputation d'époux et la cohabitation. Cette analyse ne diffère qu'en apparence de l'analyse tripartite usitée chez les juristes français. La réputation d'époux implique, à la fois, le *nomen* et la *fama* ; quant à la cohabitation, qui y est jointe, elle correspond au *tractatus*. Or, si la cohabitation est un fait positif, qui est ou n'est pas, il n'en va pas de même de la réputation d'époux. Dans une même ville, deux personnes peuvent passer pour mariés auprès de certaines gens, et non pas aux yeux de certaines autres. Le tribunal français sera libre d'apprécier les faits et les actes d'où il déduira l'existence de ces deux conditions, sans que cette appréciation puisse jamais encourir la censure de la Cour de Cassation.

La Cour de Bordeaux avait déclaré que des enfants nés en Pensylvanie étaient, en fait, mal fondés à réclamer la qualité d'enfants légitimes. Ceux-ci formèrent un pourvoi en cassation, pour violation des articles 197 et 47 du Code civil et de la loi de Pensylvanie en date de 1700, en ce que la Cour avait refusé aux demandeurs la qualité d'enfants légitimes, bien que leurs père et mère dussent être considérés comme époux d'après les lois et usages de la Pensylvanie, et que les demandeurs eussent eux-mêmes une possession d'état non contredite par leur acte de naissance.

Le conseiller-rapporteur, M. Lasagni, après avoir rappelé les règles du mariage *usu* dans le droit romain,

présenta, sur ce pourvoi les observations suivantes :

« Cette loi (la loi Pensylvanienne), pour constater l'existence du mariage n'exige aucun acte, ni religieux, ni civil, ni authentique, ni même privé; il y a, selon elle, preuve suffisante du mariage, s'il y a eu *cohabitation et réputation*. Par cohabitation, cette même loi entend qu'on ait vécu ensemble en qualité de mari et femme; par réputation, que cette qualité ait été notoire et reconnue généralement du public, et que par là les père et mère prouvent en leur faveur la possession d'état d'époux légitimes.

« En droit, l'arrêt attaqué reconnaît, de la manière la plus précise et solennelle, cette disposition de la loi Pensylvanienne; mais il reconnaît aussi formellement, en fait, que, s'il est certain qu'il y a eu cohabitation entre le sieur Auguste Bousquet et Marie Renaud (père et mère des demandeurs en cassation), rien ne prouve qu'un mariage légitime ait été contracté entre eux et qu'ils aient eu, à Philadelphie, la réputation d'époux légitimes.

« L'arrêt attaqué n'arrive à cette constatation qu'après avoir examiné et rejeté un à un les faits que les demandeurs en cassation présentaient comme prouvant la possession d'état de Marie, leur mère, en qualité de femme de leur père, et dont les uns avaient trait au *nomen*, les autres au *tractatus*, les autres à la réputation commune, *fama*..... L'arrêt attaqué, pour écarter tous les doutes, s'étaie de la pétition solennelle que

Bousquet père fit à la législature Pensylvanienne, afin d'acquérir la légitimité à ses enfants; qu'il s'étaie encore de la qualité d'enfants naturels que Bousquet leur a donnée dans son testament, et enfin de ce que les demandeurs en cassation eux-mêmes ont pris volontairement la dite qualité dans plusieurs actes judiciaires faits par eux après le décès de leur père.

« Lors même que l'arrêt, en appréciant ce grand ensemble d'actes, faits, déclarations, aveux et circonstances de la cause, aurait erré, pourriez-vous corriger cette erreur ?

« Vous connaissez mieux que personne votre jurisprudence sur les articles 196, 321, 322 du Code civil, ayant trait à la possession d'état, soit d'époux, soit d'enfants légitimes.

« Les demandeurs paraissent finir par en convenir; mais ils prétendent que l'article 47 du Code civil a été violé par l'arrêt attaqué, qui a refusé de regarder comme valables l'acte de décès de la femme Renaud mère, et les actes de naissance des trois enfants, quoique rédigés dans les formes usitées à Philadelphie.

« A cet égard, il suffira peut-être de vous rappeler que le même arrêt constate, en fait, que les registres, dont ces actes étaient extraits, étaient tenus d'une manière très irrégulière, et que ces actes eux-mêmes étaient aussi irréguliers, se contredisaient dans leurs énonciations; que quelques-uns étaient même dépourvus de la signature du père et de l'officier ecclésiastique

et que, par conséquent, ils ne pouvaient mériter aucune foi..... »

A la suite de ce rapport, la Cour de Cassation, à la date du 20 décembre 1841 (1), rendit l'arrêt suivant :

Attendu, en droit, qu'afin que le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étrangers, soit valable, quoique non revêtu de toutes les formes exigées en France par les lois françaises, il faut nécessairement qu'il ait été célébré dans celles voulues par les lois du même pays étranger (art. 170 C. Civ.);

Attendu qu'à Philadelphie comme en France et en tout pays civilisé, point d'enfants légitimes sans légitime mariage ;

Attendu que la loi Pensylvanienne (ou l'usage consacré par une jurisprudence constante), pour prouver le mariage légitime et en constater légalement l'existence, n'exige ni acte civil, ni acte religieux, ni acte authentique, ni même acte privé, mais qu'elle se contente de deux éléments, savoir : de la *cohabitation* et de la *réputation* ;

Attendu, enfin, que, d'après la même jurisprudence, *cohabitation* veut dire qu'ils aient *vécu ensemble* en qualité de mari et femme, et *réputation* veut dire que cette qualité ait été *notoire* et reconnue généralement du public ; et que, par là, les père et mère prouvent, en leur faveur, la possession d'état d'époux légitimes ;

Et attendu qu'il a été constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que, s'il est certain qu'il y a eu *cohabitation* entre Augustin Bousquet et Marie Renaud, rien ne prouve que cette *cohabitation* ait eu lieu en qualité de mari et femme, qu'un mariage légitime ait été contracté entre eux, et qu'ils aient eu, à Philadelphie, la *réputation* publique et la possession d'état d'époux légitimes ;

Qu'à cet effet, le même arrêt a constaté que des faits nombreux articulés par les demandeurs en cassation pour la prouver, il ne résultait aucun des trois éléments qui la forment (*nomen, tractatus, fama*) : que l'acte de décès de la mère et les actes de naissance des enfants, extraits des registres tenus d'une manière très irrégulière et étant eux-mêmes irréguliers, se contredisant dans plusieurs énonciations, et, quelques-uns, dépourvus de la signature du père et de l'officier ecclésiastique, ne pouvaient mériter aucune foi ; que Bousquet père, ayant eu recours (quoique sans succès) à la législature pensylvanienne pour qu'elle accordât à ses trois enfants les droits et les avantages d'enfants nés en légitime mariage, avait formellement déclaré qu'il avait eu l'intention de contracter mariage avec la dame Renaud, et que la mort de celle-ci l'avait empêché d'exécuter son projet ; que, dans son testament, il les qualifia aussi enfants naturels ; qu'enfin, après son décès, deux de ses trois enfants s'étaient donné eux-mêmes cette qualité ;

(1) Cass. 20 décembre 1841, DALLOZ, *Répertoire*, V^o Mariage, n^o 388-8^o, note 1 ; S. 42. 1. 321.

Attendu qu'en tout cela, les juges n'ont fait (*ainsi qu'ils en avaient le droit*) qu'apprécier les actes, faits et circonstances de la cause, et notamment les aveux et les reconnaissances solennelles et réitérées des parties, sans se mettre en contradiction avec l'article 170 du Code civil, ni avec aucune autre loi ;

Rejette, etc....

§ 2. — *De la possession d'état d'époux au cas où le mariage a été célébré dans des formes solennelles.*

Que la possession d'état puisse servir de preuve quand le mariage est purement consensuel, il n'y a rien là que de fort logique. Mais, lorsque le mariage, pour être valable, exige l'intervention soit d'un officier public, soit d'un ministre du culte, il serait singulier que la preuve en fut laissée au hasard des témoignages ou de la possession d'état. Les mœurs et l'ordre public sont également intéressés à l'observation des formalités prescrites, et l'accomplissement de ces solennités sera constaté par un acte dressé précisément par l'officier public ou le ministre du culte compétent pour procéder à la célébration de l'union.

C'est d'ailleurs la principale raison d'être de leur intervention. Si les lois, sauf de rares exceptions, ne s'étaient pas préoccupées, à juste titre, d'assurer la stabilité de l'état civil et d'éviter les scandaleux procès auxquels l'incertitude de la preuve ne manquerait pas de donner naissance, elles n'auraient sans doute pas considéré le mariage comme un acte solennel, soumis à des formalités essentielles et minutieuses. Ces formalités, qui nuisent à la réalisation si souhaitable des unions légitimes, ne se justifient vraiment qu'en ce qui

concerne la conservation et la sûreté de la preuve. Ce but ne saurait être atteint que si les officiers d'état civil ou les ministres des cultes, selon les législations, sont chargés de tenir registre des mariages et de délivrer des certificats, extraits de ces registres.

Néanmoins la preuve du mariage par la possession d'état serait possible, même dans les pays où les mariages sont inscrits sur des registres, si la loi locale permettait ce mode de preuve. Il en a été ainsi décidé, notamment, par la Cour de Paris(1), dans une instance où, pour établir la légitimité d'un enfant, on excipait d'un mariage contracté par ses parents dans un pays étranger (en Espagne) dont la législation, malgré l'existence de registres destinés à constater les unions régulières, permet de suppléer à la représentation de l'acte de célébration par d'autres preuves.

Considérant, dit l'arrêt, que, pour justifier les prétentions respectives des parties aux biens dépendant de la succession d'Eulalie de Noël, femme de Bedout, on soutient, du côté des appelants, que la défunte était née du mariage contracté en 1813, à Girone, par Damien de Noël, avec Colonná Salgas ; et, du côté de l'intimé, que les père et mère d'Eulalie de Noël n'ont jamais été engagés dans les liens de l'union conjugale ;

Que tout le procès roule sur la question de l'existence d'un mariage vrai ou supposé, qui appartient, par le lieu de sa célébration à un pays étranger, et dont la preuve, conséquemment, n'est gouvernée que par la loi étrangère ;

Considérant que le mariage se forme uniquement du consentement des parties et des formalités requises ; que l'acte de célébration, qui n'en constitue point une condition essentielle, n'est dressé que pour la preuve, *ut facilius nuptiæ probari possint*, selon l'expression de la loi romaine, et que le contrat est parfait dès l'instant qu'il est régulier dans sa forme et légitime dans sa substance ;

(1) Paris, 9 janvier 1867, sous Cass. 18 mars 1868, D. 68. 1, 228 ; S. 68. 1, 205.

Considérant qu'en Espagne, comme dans tous les pays catholiques où ce contrat continue à ne reconnaître pour règles que les décrets du Concile de Trente, et où il n'a besoin pour s'établir que de la déclaration des parties qu'elles entendent se prendre pour mari et femme, en présence du curé de la paroisse, ou du prêtre délégué par l'Evêque ou par le Pape, et de deux témoins, la preuve du mariage peut toujours être reçue, *soit qu'il y ait ou non des registres de l'état civil*, tant par titres ou papiers de famille que par témoins ;

Considérant qu'il résulte des pièces du procès que Damien de Noëll et Colonna Salgas ont contracté mariage ensemble le 23 septembre 1813, à Gironne, en présence de dom Bartholome Planella, prêtre, curé en titre de l'Eglise cathédrale, délégué par le vicaire-général de Tobia, et assisté de deux témoins, Raphaël Sarès et Félix Girban ;

Que les appelants, sans doute, n'en fournissent pas la preuve par un acte de célébration régulièrement rédigé sur les livres sacramentaux de la paroisse, puisque l'acte de célébration qu'ils produisent, et qui a été transcrit sur les registres de l'état civil de Perpignan, n'a été dressé qu'en 1823, en vertu d'une sentence rendue par le tribunal ecclésiastique de Gironne à la requête de Colonna Salgas, et que le même tribunal en a ensuite ordonné la suppression à la requête de Damien de Noëll ; mais qu'il est suppléé à l'acte de célébration par des preuves différentes et non moins certaines, etc....

La décision de la Cour de Paris fut, il est vrai, cassée par la Cour de Cassation. Mais cette dernière admit également qu'il pouvait être suppléé par d'autres preuves à la représentation de l'acte de célébration. Seulement, à la différence de la Cour de Paris, elle exigea que, à défaut de cette représentation, les preuves invoquées pour établir l'existence du mariage portassent sur le fait même de la célébration ou, tout au moins, sur des faits établissant la possession d'état d'époux légitimes.

Attendu, dit la Cour de Cassation, que Damien de Noëll et Colonna Salgas étant décédés, il ne pouvait être suppléé au défaut de représentation de l'acte de célébration de leur mariage, à l'effet d'établir la légitimité de leur fille Eulalie, que par la preuve qu'ils avaient vécu publiquement comme mari et femme, et qu'Eulalie avait eu elle-même la possession d'état d'enfant légitime conforme à son acte de naissance ;

Que cette double possession d'état d'époux et d'enfant légitime est impérieusement exigée par la loi ; que cependant elle ne résulte pas des constatations de l'arrêt..... ;

Que, dans ces circonstances, la légitimité de celle-ci n'aurait pu résulter que de la représentation de l'acte de célébration du mariage de ses père et mère ;

Mais, que l'arrêt reconnaît lui-même que l'acte qui, sur la demande formée, au mois de mars 1823, par Colonna Salgas, avait été inscrit, à la date du 23 septembre 1813, sur les registres sacramentaux de l'église de Gironne (Espagne), pour constater son mariage avec Damien de Noël, dix ans après sa prétendue célébration, a été, sur la demande que Damien de Noël a formée au mois d'août 1823, supprimé par le même évêque qui en avait d'abord autorisé l'inscription ; qu'il n'existait donc aucune preuve légale de la célébration de ce mariage, soit en Espagne, soit ailleurs ;

Qu'en supposant même, avec la Cour de Paris, qu'il eut été célébré en Espagne et qu'il eut pu être prouvé tant par titres et papiers de famille que par témoins, il aurait fallu, du moins, que cette preuve *portât directement sur le fait même de sa célébration* ; que l'arrêt attaqué ne relève aucune preuve de ce genre ; qu'il se borne à énumérer des faits postérieurs au prétendu mariage *et qui n'étaient pas même de nature à établir la possession d'état de mari et de femme ni celle des enfants* ;

Qu'en faisant résulter de ces circonstances la preuve de sa célébration, pour en conclure qu'Eulalie était un enfant légitime et que sa succession devait être attribuée à ceux-là mêmes qui l'avaient, en 1834, exclue, comme enfant naturel de Colonna Salgas, de la succession de Damien de Noël, l'arrêt attaqué a fausement appliqué les articles 47 et 170 du Code Napoléon, et a formellement violé l'article 197, même Code ;

Casse, etc...

La possession d'état est généralement impuissante à établir la légitimité de l'union, quand des registres ont été tenus. Mais elle peut, éventuellement, jouer le rôle de *preuve complémentaire* ; elle peut, également, selon certains auteurs, *couvrir* la nullité pour vice de forme d'un mariage contracté à l'étranger par un Français suivant les usages du pays.

Il y a lieu de rappeler que les règles qui ont été précédemment exposées à propos de la possession d'état

en droit interne, s'appliquent aux unions des Français à l'étranger.

La possession d'état corroborera donc un acte de célébration irrégulier.

Un acte de mariage avait été dressé au Brésil, en 1829, sous l'empire de la législation portugaise conforme aux principes du Concile de Trente. Cet acte était inscrit sur une feuille volante et non signé du célébrant. Mais, comme il était appuyé par une possession d'état conforme, la Cour de Paris, et, après elle, la Cour de Cassation déclarèrent que le mariage était suffisamment établi (1).

Attendu, dit la Cour de Cassation (arrêt de 1865), qu'aux termes de l'article 196 du Code Napoléon, lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte ;

Attendu que, dans la cause, la possession d'état était constante et non déniée, et que la preuve en résultant se trouvait corroborée par l'acte de mariage que produisaient les syndics ; qu'à la vérité cet acte était incomplet et qu'il était prétendu que, non revêtu de la signature du célébrant, il ne pouvait légalement prouver à lui seul le mariage allégué ; mais que l'article 196 ne suppose assurément pas la représentation d'un acte de mariage de tous points valable et régulier ; qu'en effet, si cet acte se produisait dans toutes les conditions exigées pour la validité des actes de cette nature, il se suffirait à lui-même, et la possession d'état qui l'aurait suivi n'ajouterait rien à sa force probante ; que l'article 196, sainement entendu, dans sa lettre et dans son esprit, dispose pour l'hypothèse d'un acte nul dans le principe, et dont la possession d'état a pu seul couvrir le vice ; qu'à cet égard, il ne distingue pas entre les diverses nullités qui peuvent l'entacher, ne lui demandant, d'ailleurs, qu'une pré-

(1) Paris, 29 avril 1864, et, sur pourvoi, Cass. 26 juillet 1865, D. 65, 1. 493 ; S. 65. 1. 393. — Dans le même sens : Trib. Seine 21 juin 1883, JOURN. CLUNET, 1884, p. 67 ; GAZ. PAL. 83. 2. 167 ; — Trib. Seine, 29 décembre 1886, JOURNAL CLUNET, 1887, p. 66 ; — Paris, 3 août 1898, JOURN. CLUNET, 1898, p. 1080.

somption ou un commencement de preuve dont il abandonne l'appréciation à la conscience du juge ;

Attendu que l'arrêt attaqué déclare, en fait, par une appréciation souveraine que, de l'acte produit, complété par les circonstances de la cause, résulte suffisamment la preuve que le mariage des époux Adour a été réellement célébré en 1829, au Brésil, par le prêtre compétent, et qu'en jugeant en pareille occurrence que la possession d'état des époux, conforme à cet acte, ne leur permettait pas d'exciper des nullités dont il pouvait être entaché, il n'a fait qu'une juste et saine application de l'article 196..... ;

Rejette, etc....

Il va de soi que la présomption de l'article 197 du Code civil reçoit, également, son application au cas de mariage contracté par un Français à l'étranger. Il suffit, sur ce point, de renvoyer aux explications qui ont été antérieurement données.

Certains auteurs décident, en outre, que la possession d'état prolongée couvre le vice résultant du défaut, soit de transcription (art. 171 C. civ.), soit de publication du mariage (art. 170 C. civil.).

Le mariage contracté par un Français à l'étranger est valable en la forme, dès lors qu'il satisfait à toutes les formalités requises par la loi locale. Mais, l'article 171 du Code civil (modifié par la loi du 29 novembre 1901) dispose que « dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, dans les conditions prévues par le paragraphe premier de l'article précédent (c'est-à-dire dans les formes de la loi locale), sera transcrit sur les registres publics des mariages du lieu de son domicile. »

La *sanction* de ce texte a donné lieu à de vives

controverses, à cause du silence gardé, sur ce point, par le législateur.

On est d'accord pour décider que ce ne saurait être la nullité du mariage, parce que les nullités ne se suppléent pas, surtout en matière de mariage (1).

Ce n'est pas non plus une amende, parce que l'amende est une peine et qu'il n'y a pas de peine sans une loi qui la prononce.

Est-ce donc à dire que l'article 171 ne comporte aucune sanction ?

Un certain nombre d'interprètes du Code civil se refusent à l'admettre.

Quelques-uns (2) se sont demandés quel était le but de la transcription de l'acte de mariage. C'est, à coup sûr, d'avertir les tiers qui voudraient traiter avec les époux et de révéler au public un mariage qui, sans cette formalité, est inconnu en France. La transcription, comme toujours, est donc une mesure de publicité. Donc le mariage non transcrit ne sera pas dénué de tout effet, mais il ne produira pas celles de ses conséquences qui ne s'expliquent que par la publicité ; il ne pourra donc pas être opposé aux tiers. On invoque, à l'appui de ce système, les termes de l'article 194 du C. civ. qui dispose que « nul ne peut réclamer le titre

(1) Voir Lyon, 21 juin 1871, S. 72. 2. 201 ; — Trib. Nice, 1^{er} décembre 1873, sous Cassation, 28 décembre 1874, S. 75. 1. 347 ; — Bordeaux, 2 juin 1875, D. 76. 2. 143 ; S. 75. 2. 291. — Voir toutefois en sens contraire, Besançon, 4 janvier 1888, D. 89. 2. 69.

(2) DURANTON, t. II, n° 240 ; MASSÉ et VERGÉ sur ZACCHARIE, t. III, n° 315 ; DELVINCOURT, t. I, p. 72.

d'époux, et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration *inscrit* sur le registre de l'état civil. » En conséquence : 1° la femme mariée ne sera pas tenue pour incapable, et les actes qu'elle aurait passés sans l'autorisation du mari ou de justice ne pourront être attaqués ni par le mari ni par elle-même sur le fondement de son incapacité ; 2° la femme mariée ne pourra pas se prévaloir de son hypothèque légale, du moins cette hypothèque ne prendra rang que du jour de la transcription de l'acte de mariage et cessera même de produire effet lorsque la transcription de cet acte n'est opérée qu'après le décès ou la faillite du mari (1) ; 3° les enfants issus du mariage non transcrit ne seraient pas aptes à succéder à leurs parents ; 4° si l'un des conjoints contractait un nouveau mariage celui-ci ne pourrait pas être déclaré nul pour bigamie. Ces deux dernières conséquences, encore qu'elles soient énumérées par les partisans de ce système, et notamment par Delvincourt, semblent en contradiction avec son principe même, car si la transcription est requise comme mesure de publicité, le défaut de transcription ne saurait avoir aucune influence au regard des enfants ou des conjoints qui, à aucun point de vue, ne peuvent être considérés comme des tiers.

Ce système n'a cependant pas recueilli la majorité

(1) Voir ce sens : Montpellier, 15 janvier 1823, S. 23. 2. 301, et Montpellier, 3 juin 1830, S. 31. 2. 151.

dès suffrages. Il est communément admis que l'article 171 du Code civil est dépourvu de sanction.

A ceux qui prétendent que la transcription de l'acte de mariage constitue une mesure de publicité, dont le défaut constitue une faute de la part des époux, on répond que les deux termes de cette assertion sont également inexacts.

D'abord l'article 171 du Code civil n'aurait pas en vue la publicité du mariage. « En imposant au Français, de retour dans sa patrie, dit M. Weiss (1), l'obligation de faire transcrire le mariage qu'il a contracté en pays étranger, la loi ne s'est pas préoccupée de la nécessité d'en informer les tiers. En effet le délai ouvert au Français pour faire opérer cette transcription est de trois mois pendant lesquels bien évidemment le mariage produit tous ses effets au regard des tiers, indépendamment de toute mesure de publicité. Pourquoi ce mariage, qu'ils sont ainsi censé connaître, serait-il, tout à coup, réputé, par la seule expiration d'un délai, leur devenir inconnu ? D'autre part, ce n'est qu'après être revenu sur le sol français que le Français est tenu de faire transcrire son acte de mariage ; tant que les époux conservent leur résidence à l'étranger, ils échappent à toute obligation de cette nature. Et cependant leur mariage, quoique non transcrit, produit, même en France, tous ses effets légaux au regard des tiers,

(1) M. WEISS, *Manuel de droit international privé*, p. 471.

qui sont donc présumés en avoir eu connaissance par une autre voie. La transcription, d'ailleurs, qu'on y fasse attention, doit être effectuée, même dans le cas où le Français ne reviendrait en France qu'après la dissolution de son mariage; or comme à ce moment là il n'est plus susceptible de produire aucun effet au regard des tiers, il ne servirait à rien de le rendre public. Enfin, si le Code avait considéré la transcription comme une mesure de publicité, elle ferait tout au moins double emploi avec la publication qui doit précéder en France le mariage célébré à l'étranger (C. Civ. art. 170) et avec l'inscription de l'hypothèque légale de la femme à laquelle le mari est enjoint de faire procéder dans les bureaux des hypothèques des divers arrondissements où sont situés les immeubles (C. Civ. art. 2136). Cette publication d'une part, cette inscription de l'autre, sont de nature à renseigner les tiers sur ce qu'ils ont intérêt à connaître. »

Il ne serait pas davantage exact que le défaut de transcription puisse constituer les époux en faute. Cela, dit-on, va de soi quand il s'agit d'un mariage purement consensuel, car comment feraient-ils transcrire un acte qui n'existe pas? D'autre part, même si un acte de mariage a été rédigé, la femme ne saurait être fautive, parce que la loi ne lui a rien ordonné et qu'on ne peut être en faute qu'à la condition d'enfreindre une prescription légale. Ce n'est pas à la femme, mais « au Français », c'est-à-dire au mari que l'article 171 ordonne

de faire transcrire l'acte de mariage, et, dans l'exposé des motifs, Bigot du Préameneu désigne la personne chargée de la transcription sous le nom de *père*, ce qui prouve bien que la prescription de la loi ne s'adresse qu'au mari.

Il est naturel, d'ailleurs, que cette obligation soit imposée au mari seul, car « la femme est, au cours du mariage, placée sous sa dépendance; le mari peut avoir intérêt à l'empêcher de faire transcrire son acte de mariage, et, en dehors de l'influence morale qu'il exerce sur sa volonté, les droits que certains régimes matrimoniaux lui confèrent lui fourniront souvent le moyen matériel de mettre obstacle à cette transcription, qui n'est pas sans occasionner quelques déboursés. Le législateur a si bien reconnu que la femme mariée n'est pas libre, qu'il suspend à son profit la prescription de toute action qui réfléchirait contre son mari, tant que dure le mariage (C. civ., art. 2256-2°) et qu'il la dispense d'inscrire son hypothèque légale. Ces considérations perdent-elles quelque chose de leur valeur, lorsqu'il s'agit d'opérer la transcription de l'art. 171 ? La liberté de la femme sera-t-elle plus entière ? et est-il juste d'attacher à son inaction les conséquences si dures que nous avons signalées ? Aucun texte n'autorise l'affirmative ; et elle est d'autant moins facile à défendre que le plus souvent la femme dont le mariage a été célébré à l'étranger est, elle-même, étrangère d'origine, et par conséquent ignorante des prescrip-

tions de la loi française. Le défaut de transcription ne peut donc lui être imputé à faute (1). »

La seule sanction de l'article 171 du Code civil ne serait donc autre que la difficulté qu'éprouveront les époux, dont le mariage n'aura pas été transcrit, à établir l'existence de ce mariage.

Que si l'on s'étonne de trouver ainsi dans le Code civil une loi dépourvue de sanction légale, une *lex imperfecta*, les travaux préparatoires de ce Code en donnent la raison d'être. Le premier projet était ainsi rédigé : « Trois mois après le retour du Français dans le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger doit être *enregistré, à peine du double droit à défaut d'enregistrement*. — Cet acte doit être encore, dans le même délai, reporté et *transcrit* sur le registre public des mariages du lieu de son domicile, *sous peine*, à défaut de ce rapport, *d'une amende* proportionnée aux facultés des époux, laquelle ne peut être moindre de cent francs ni excéder mille francs. » Dans la rédaction définitive, la première disposition, d'ordre exclusivement fiscal, a disparu ; la seconde, la transcription, a subsisté, mais il n'est plus question de l'amende qui en constituait la sanction. Cette amende ne figure plus dans le texte, par suite d'une erreur du législateur.

Au cours de la discussion au Conseil d'Etat,

(1) WEISS, loc. cit.

M. Defermon a fait observer qu'il était étonnant « que l'exécution de l'article 171 ne fût pas assurée par une disposition pénale ». M. Réal lui répondit « que cette disposition pénale n'appartenait pas au Code civil et que sa place naturelle était *dans les lois sur l'Enregistrement, où déjà elle se trouvait* ». C'était une erreur ; mais elle ne fut pas relevée et la loi, de cette sorte, fut privée de sanction.

La jurisprudence s'est fixée généralement en ce sens (1).

Au reste, l'inobservation par les parties du conseil contenu dans l'article 171 est généralement sans inconvénients pour elles, parce que toute une série de conventions diplomatiques assure l'échange, entre les nations, des actes de l'état civil intéressant leurs nationaux (Traité franco-allemand de 1871 et déclaration de 1872 entre la France et l'Allemagne, conventions franco-italienne du 13 janvier 1875, franco-luxembourgeoise du 14 juin 1875, franco-belge du 25 août 1876, franco-monégasque du 21 mai 1881 ; déclaration franco-autrichienne du 29 mai 1892 ; convention franco-norvégienne du 21 décembre 1906 ; en outre, la France et la Suisse, sans qu'il y ait de conventions expresses, échangent, depuis 1877, à titre

(1) Voir notamment : Bordeaux, 14 mars 1850, D. 53. 2. 178 ; S. 52. 2. 561 ; — Trib. de Nice, 1^{er} décembre 1873, sous Cassation, 28 décembre 1874, S. 75. 1. 347 ; — Besançon, 4 janvier 1888, D. 89. 2. 69 ; S. 90. 2. 165 ; — Trib. Narbonne, 10 novembre 1891, GAZ. PAL. 91. 2. Supp. 34 ; J. CLUNET, 1892, p. 457 ; — Orléans, 9 février 1900, D. 1902. 2. 415 ; S. 1902. 2. 141.

officiels, les actes d'état civil concernant leurs nationaux). Cette transmission, ainsi que la transcription des actes d'état civil ont été réglementées par diverses circulaires ministérielles des 26 janvier 1836, 10 mars 1855, 17 mai 1864, 11 mai et 30 juin 1875 et 20 janvier 1879. La loi du 8 juin 1893 a donc pu ajouter à l'article 47 du Code civil une disposition aux termes de laquelle « lorsqu'un de ces actes concernant des Français sera transmis au Ministère des Affaires étrangères, il y restera déposé pour en être délivré expédition. » — Enfin, dans la Convention de La Haye du 12 juin 1902, il a été décidé (art. 5 *in fine*) qu'« une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays de chacun des époux. »

Ainsi, malgré le défaut de transcription, le mariage demeurerait valable, produirait tous ses effets civils, et pourrait être opposé aux tiers.

Dans ces conditions, la possession d'état ne saurait, contrairement à une ancienne jurisprudence, aujourd'hui abandonnée (1), couvrir une nullité qui n'existe pas.

Est-ce à dire, cependant, que le défaut de transcription n'a jamais aucun effet ?

Il se peut que des tiers, ignorant l'existence du mariage, aient subi un dommage. Si la femme s'est volontairement abstenue de faire connaître le mariage,

(1) Voir Cass. Req. 21 novembre 1827, DALLOZ, *Répertoire*, V^o Mariage, n^o 397-6^o et note 1.

les tiers auront droit à des dommages-intérêts. Il n'est pas besoin, pour cela, que le mariage soit déclaré inexistant au regard des tiers par le seul fait du défaut de transcription, il suffit, aux termes de l'article 1382 du Code civil, que ceux-ci aient été injustement lésés. Les objections que l'on fait valoir à l'encontre de l'opinion de ceux qui voient dans la transcription uniquement une mesure de publicité dont l'omission suffirait à constituer *ipso facto* les époux en faute, ne sauraient être invoquées contre nous. Nous reconnaissons, en effet, que l'article 171 du Code civil est, par lui-même, dépourvu de sanction et que les tiers ne sauraient baser leur demande en dommages-intérêts sur le seul défaut de transcription du mariage. Il faut, selon nous, qu'à ce défaut de transcription s'ajoute le fait des époux qui ont laissé volontairement ignorer leur mariage. Ce fait sera généralement très facile à démontrer ; par exemple, la femme, dans un acte, sera désignée sous son nom de fille, elle vivra séparée et éloignée de son mari, etc..... Comment, dans ces conditions, les tiers pourraient-ils la considérer comme mariée ? Si l'acte de mariage était transcrit, ceux-ci seraient tenus pour informés. Mais, en l'absence de transcription, on ne peut leur opposer une présomption quelconque.

La question devient donc *une simple question de fait*, que les tribunaux auront à juger d'après le droit commun (art. 1382 C. civ.) et les tiers devront être admis à prouver toutes les circonstances d'où résultera,

selon eux, le quasi-délit commis par les époux. En d'autres termes, le défaut de transcription ne produit aucun effet ni contre les époux, ni en leur faveur, au lieu que la transcription effectuée aurait eu tous les effets qui résultent de l'inscription de l'acte de célébration du mariage sur les registres de l'état civil.

On aperçoit dès lors le rôle de la possession d'état : *elle suppléera au défaut de transcription*. Comment, en effet, les tiers soutiendraient-ils que le mari ou la femme ont volontairement laissé ignorer le mariage, si les époux se disent mariés, vivent maritalement et s'ils sont considérés par la société comme légitimement unis ? Ceux avec qui la femme traite seraient mal venus à soutenir que, contrairement à l'opinion de tous, et à toutes les apparences, ils entendent que le mariage leur soit inopposable, en se fondant uniquement sur ce qu'il n'a pas été transcrit. Qu'importe qu'il ait été ou non transcrit, puisqu'ils en ont eu connaissance ?

Puisque le défaut de transcription est un fait dont l'appréciation appartient aux tribunaux, ceux-ci ont le devoir de tenir compte de toutes les circonstances de la cause, et, parmi ces circonstances, la plus déterminante est, sans conteste, l'existence ou la non-existence de la possession d'état.

La Cour de Bordeaux s'est prononcée en ce sens (1) :

(1) Bordeaux, 14 mars 1850, D. 53. 2. 178 ; S. 52. 2. 561.

Attendu, dit l'arrêt, que s'il (le mari) n'a pas, à son retour en France, fait transcrire, conformément à l'article 171 du Code civil, son mariage sur le registre public du lieu de son domicile, cette formalité n'est point prescrite à peine de nullité ; que son omission ne saurait invalider un mariage valable dans son principe, et ne peut influencer que sur le régime des biens, les droits et les obligations des époux avec lesquels des tiers auraient contracté, *dans l'ignorance absolue* du mariage...

Il faut donc reconnaître que la possession d'état, comme la transcription, constitue un des éléments de la publicité du mariage en France, lorsque celui-ci a été contracté à l'étranger.

Ce rôle de la possession d'état apparaît également lorsque le mariage n'a pas été précédé de la publication requise par la loi.

Tout mariage, en effet, doit, aux termes de l'article 170 du Code civil (modifié par la loi du 21 juin 1907), être précédé d'une publication.

Mais on discute, en droit international privé, sur la sanction qu'il convient d'attribuer à cette disposition.

Les uns considèrent comme atteints de nullité tous les mariages contractés à l'étranger et non précédés de publications en France ; les autres les reconnaissent valables, sauf l'application aux époux de l'amende prescrite par l'article 170 du Code civil ; d'autres, enfin, les déclarent simplement annulables.

Les premiers s'appuient sur le texte même de l'article 170 du Code civil. Aux termes de cet article, « le mariage contracté en pays étranger entre Fran-

çais et entre Français et étranger sera *valable*, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, *pourvu qu'il* ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63, au titre *Des actes de l'état civil*.... »

Si donc les conditions fixées par l'article 170 ne sont pas remplies, le mariage n'est pas valable. Les partisans de cette opinion font, en outre, remarquer que, si la sanction de ce texte n'était pas la nullité du mariage, il n'y aurait aucun moyen de faire observer la loi française à l'étranger, car la loi française ne peut pas atteindre, par la voie pénale, les officiers de l'état civil ou les ministres du culte étrangers qui ont célébré le mariage. Dès lors on comprend qu'un empêchement qui, en France, ne serait que simplement prohibitif, devienne dirimant lorsqu'il s'agit d'un mariage célébré à l'étranger.

Les seconds font observer que les mots « pourvu que, etc.... » de l'article 170 se réfèrent non seulement aux publications, mais encore aux « dispositions du chapitre précédent » parmi lesquelles figure la signification des actes respectueux, dont l'absence n'a jamais paru à personne devoir entraîner la nullité du mariage. Ce serait, d'ailleurs, ajoute-t-on, une dérogation à la règle *locus regit actum* posée en principe par notre loi, et les exceptions ne doivent pas être arbitrairement étendues. Enfin on ne concevrait pas, selon eux, que le législateur ait créé aux Français qui se marient à l'étranger une situation différente de celle qu'ils

auraient eue s'ils s'étaient mariés en France, où le défaut de publication n'est sanctionné que par une amende.

Aucune de ces deux opinions ne nous paraît acceptable.

L'argument que les partisans de la première tirent du texte de l'article 170 est loin d'être dépourvu de valeur. Sans doute, puisque la loi déclare que, pour être valable, le mariage doit être précédé d'une publication, il s'ensuit qu'en l'absence de cette formalité un mariage n'est pas considéré par la loi comme inattaquable, et cet argument suffit pour écarter la seconde opinion. Qu'importe, en effet, que, parmi « les dispositions du chapitre précédent » il s'en trouve une à laquelle le législateur [n'a point pensé et dont le défaut ne saurait entraîner la nullité du mariage ? Qu'importe que l'article 170 du Code civil contienne une dérogation à la règle *locus regit actum*, si cette dérogation est formelle ? Enfin n'est-ce pas une affirmation pure et simple, que de dire que le législateur a entendu donner au Français qui se marie à l'étranger la situation qu'il aurait eue s'il s'était marié en France ?

Mais faut-il déclarer *obligatoire* pour les tribunaux la nullité prononcée par le texte de l'article 170 du Code civil ?

La question, selon nous, ne saurait être résolue par un argument *a contrario*. Le mariage non précédé

d'une publication n'est pas valable, tel est le texte. Mais est-il nul ou annulable ? C'est ce que le texte ne dit pas. Or, il est de principe que, en matière de mariage tout particulièrement, il n'y a pas de nullité sans un texte formel qui la prononce. De plus, l'article 170 du Code civil ne se trouve pas au chapitre des nullités de mariage, et rien dans les articles voisins ne permet d'affirmer que la nullité soit la sanction de ce texte.

D'autre part, la raison s'oppose à l'adoption de la première opinion. Lorsqu'un mariage est célébré à l'étranger, la publication constitue à elle seule toute la publicité antérieure au mariage. Son défaut peut donc rendre le mariage clandestin. Dans ce cas, il y aura lieu de faire application des dispositions de l'article 191 du Code civil. Or, le mariage célébré en France sans la publicité requise n'est pas forcément nul, mais il peut être annulé par les tribunaux. Il est donc logique d'accorder à ces mêmes tribunaux un pouvoir d'appréciation analogue, quand le mariage célébré à l'étranger n'a pas été précédé d'une publication en France. Il en serait, d'ailleurs, de même en ce qui concerne l'acte respectueux.

En droit, d'ailleurs, notre solution est parfaitement justifiable. C'est, en effet, un principe indiscuté que tout acte est nul dès lors qu'il a pour objet de faire fraude à la loi. Or, cette question dépend des circonstances qui rentrent dans le domaine souverain du juge du fait.

La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens (1).

La possession d'état, qui implique la publicité de fait donnée au mariage, jouera donc un rôle considérable, aussi bien dans le cas du défaut de publication que dans celui du défaut de transcription.

Ce n'est pas à dire, comme l'admettent d'ordinaire les partisans de la première opinion, que l'on puisse faire ici application des dispositions de l'article 196 du Code civil, qui donne à la possession d'état le pouvoir de couvrir les irrégularités dont l'acte de mariage est entaché, car nous avons démontré ci-dessus que ce texte ne se réfère qu'aux irrégularités qui peuvent affecter l'acte instrumentaire, mais non pas à celles dont la célébration même serait atteinte, et, dès lors, cet article ne saurait s'appliquer qu'aux actes de mariage reçus par des officiers d'état civil français (2).

Mais, la publicité d'un mariage étant un fait complexe, les juges auront à tenir compte des diverses circonstances d'où elle peut résulter, et notamment de la cohabitation et de la possession d'état. Comment déclareraient-ils clandestins un mariage connu de tous ? Et comment, au contraire, l'absence de publication et de transcription, jointe à celle de la possession d'état,

(1) Voir parmi les nombreux arrêts rendus sur cette question : Cassation, 8 mars 1875, D. 75. 1. 482 ; S. 75. 1. 171 ; — Besançon, 4 janvier 1888, S. 90. 2. 165 ; — Orléans, 9 février 1900, D. 1902. 2. 445 ; S. 1902. 2. 141 ; — Amiens, 26 juin 1902, S. 1904. 2. 34.

(2) Voir en sens contraire, Cassation, 26 juillet 1865, D. 65. 1. 493 ; S. 65. 1. 393.

ne les amènerait-elle pas à en conclure que les époux ont voulu dissimuler leur union pour faire fraude à la loi ? Sans doute, ils pourront tenir compte de d'autres éléments : conventions civiles précédant le mariage, bénédiction religieuse, présence des témoins, lettres des époux ou de leurs familles, etc... ; la possession d'état n'en demeurera pas moins un des faits les plus déterminants pour la conviction des juges.

Deux exemples montreront que tel est, en jurisprudence, l'effet attaché à la possession d'état.

Attendu, dit le Tribunal Civil de la Seine (1), qu'aux termes de l'article 165 du Code civil le mariage doit être célébré publiquement devant l'officier de l'État civil du domicile de l'une des parties, et qu'aux termes de l'article 191, même Code, tout mariage peut être attaqué par les époux eux-mêmes, qui n'a point été contracté publiquement et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent ;

Attendu que, si l'article 170 admet la validité d'un mariage entre Français en pays étranger, pourvu qu'il ait été célébré dans les formes usitées dans le pays, et précédé des publications prescrites par l'article 63 du Code civil, et si même la seule absence de publications ne suffit pas à vicier un tel mariage, c'est à la condition toutefois que cette célébration de mariage en pays étranger et l'absence de publications préalables en France n'auraient pas eu pour but de faire fraude à la loi française et pour résultat d'entacher de clandestinité l'union ainsi frauduleusement contractée ;

Attendu qu'il résulte des pièces et documents produits et qu'il n'est même pas contesté par les défendeurs que Jardin et la veuve de Fourment d'Aguisy étaient tous deux domiciliés à Paris, lorsqu'en janvier 1896, s'étant rendus à Londres sans aucune pensée d'y transférer leur domicile ou leur résidence, ils y contractèrent, sans aucune publication préalable en France, un mariage, célébré devant l'officier public du district de Saint-Gilles le 16 janvier 1896 ;

Attendu qu'il résulte de deux lettres de Jardin, en date des 19 décembre 1895 et 19 janvier 1896, que les deux parties avaient la volonté très arrêtée de tenir secret ce mariage, qui n'était, dit Jardin, qu'une affaire de conscience, et qu'ils ne voulaient qu'un mariage anglais, rien de plus, qu'ils entendaient laisser ignorer en France,

(1) Trib. Seine, 26 mars 1903 sous Cass. Req. 3 janvier 1906, S. 1906. 1. 142 ; D. 1906. 1. 207.

et que non seulement ils ont expressément déclaré ne vouloir ni publications ni notifications en France, mais que même ils ont voulu avoir la certitude que le consulat de France ne ferait pas d'office transcrire l'acte de mariage en France ;

Attendu qu'il résulte de tous les documents produits et qu'il est constant que la Veuve de Fourment d'Aguisy et Jardin n'ont jamais révélé ce mariage ; *qu'ils n'ont jamais vécu publiquement comme mari et femme, et qu'ils n'ont jamais eu la possession d'état d'époux légitimes*, la Veuve de Fourment d'Aguisy ayant conservé le nom de son second mari, dont elle était veuve depuis quelques années, et Jardin ayant conservé son domicile antérieur, rue de la Rochefoucauld, n° 27, à Paris, jusqu'au jour de son décès ; qu'il résulte de ce qui précède que le mariage de Jardin et de la Veuve de Fourment d'Aguisy, célébré à Londres le 16 janvier 1896, est nul, comme n'ayant pas été célébré devant un officier public compétent, et comme étant entaché de clandestinité.

Sur l'appel interjeté, la Cour de Paris confirma le jugement et le pourvoi en cassation fut également rejeté.

Ce jugement et ces arrêts annulent un mariage pour clandestinité, en se basant notamment sur le secret gardé par les époux et sur la discordance de leur genre de vie avec celui qu'ils auraient dû avoir du fait de leur mariage.

Le jugement suivant, au contraire, déclare valable en France un mariage non précédé de publications et non transcrit, et n'autorise qu'une action en dommages-intérêts de la part des tiers qui se prétendraient lésés par l'omission de la transcription.

Attendu, dit le Tribunal de Nice (1), que les publications n'eussent-elles point été faites, cette circonstance serait encore sans effet et sans influence pour la validité du mariage des époux Rocher ;

Qu'en effet, toute la question se réduit à savoir si le mariage a

(1) Voir Tribunal de Nice, 1^{re} décembre 1873 sous Cass. Req. 28 décembre 1874, S. 75. 1. 347.

reçu une publication suffisante; car, ainsi qu'on l'a très bien fait remarquer, il ne faut pas confondre la publicité qu'a reçue un mariage avec les publications qui ne constituent qu'un des éléments de cette publicité; que la question de savoir si cette publicité a été insuffisante est une question de fait dont la solution, d'après le dernier état de la jurisprudence, est remise à l'appréciation des magistrats;

Attendu qu'il est certain que, dans l'instance actuelle, cette publication a existé; qu'en effet, le mariage des époux Rocher ne peut être, à aucun point de vue, considéré comme un mariage clandestin; qu'il a été accompli au vu et au su de la famille de la future épouse; que la sœur de celle-ci y assistait ainsi que la dame de Courcelle, à laquelle les sœurs Aric et Olympe de Perret avaient été confiées; que la famille de la future épouse y avait donné son consentement, ainsi que l'établit une lettre écrite par la dame de Perret mère, d'une date contemporaine de la célébration du mariage;

Que, peu de temps après leur union, les époux Rocher sont revenus en France où ils étaient accueillis dans la famille de la femme; et qu'il résulte de tous les éléments de la cause qu'ils n'ont pas cessé, pendant le long espace de temps qui s'est écoulé depuis le 10 novembre 1817 jusqu'à l'époque du décès de la femme, arrivé le 4 décembre 1867, c'est-à-dire pendant plus de 50 ans, *de se considérer et d'être considérés par leurs parents, leurs amis et par le public*, comme unis par des liens légitimes; qu'il en a été de même de leurs enfants, qui ont toujours eu une possession d'état conforme à leur acte de naissance et à l'acte de mariage de leurs père et mère, etc....

Attendu que la non-observation des dispositions de l'article 171 du Code civil, est aussi sans influence pour la validité ou la non-validité du mariage des époux Rocher; que le défaut de transcription pourrait seulement donner lieu à une action en dommages-intérêts fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, de la part de tiers qui se prétendraient lésés par suite du défaut de transcription, ce qui n'est point le cas de la dame Bachili elle-même;

Que ce premier moyen sur lequel la dame Bachili base sa demande n'est donc point fondé et doit être repoussé....

En résumé, lorsque le mariage a été revêtu de formes solennelles, la possession d'état peut servir à établir la légitimité de l'union, si la loi locale autorise ce mode de preuve, et, en dehors de cette hypothèse exceptionnelle, elle joue le rôle de preuve complémentaire (article 196 du Code civil), ou constitue l'un des éléments de la publicité du mariage, et, à ce dernier titre, elle peut couvrir le vice résultant du défaut de

publication et faire rejeter la demande en dommages-intérêts formée par des tiers qui se prétendraient lésés par l'absence de transcription du mariage.

Enfin, il est à peine besoin de rappeler que les enfants issus d'une union célébrée à l'étranger, comme ceux issus d'une union célébrée en France, et dans les mêmes conditions, peuvent se prévaloir, lorsque l'acte de mariage de leurs parents n'est pas représenté, des dispositions de l'article 197 du Code civil (1).

SECTION II

De la possession d'état en ce qui concerne la preuve d'un mariage contracté par un étranger.

Un étranger revendique en France les effets civils du mariage. Il lui faut, au préalable, établir la preuve de ce mariage. La possession d'état suffira-t-elle à cet effet ?

Deux hypothèses doivent être envisagées, selon que l'étranger s'est marié en France ou hors de France.

Dans la première hypothèse, l'étranger ne saurait, en principe, invoquer la possession d'état comme preuve du mariage que dans le cas où un Français pourrait le faire.

Cela est certain, d'abord, lorsque le mariage a eu lieu entre un Français et un étranger. La règle *locus regit actum* s'impose alors, qu'on lui attribue un caractère facultatif ou un caractère obligatoire, parce

(1) Voir sur ce point les explications contenues au Chapitre II ci-dessus.

que le mariage est, en France, un contrat solennel et que l'ordre public est intéressé au plus haut degré à l'observation des formalités imposées par la loi. Le mariage ne saurait donc être contracté *solo consensu* non plus qu'être célébré d'abord ou uniquement par une autorité ecclésiastique, alors même que la loi personnelle de l'un des conjoints autoriserait de telles unions, car, en France, un mariage purement consensuel n'est qu'un concubinage non reconnu par la loi et l'intervention d'un prêtre avant celle de l'officier d'état civil constitue un délit prévu et réprimé par la loi pénale. La possession d'état ne saurait donc servir de preuve que dans les hypothèses où elle est exceptionnellement admise par notre législation.

Le même principe s'impose, selon nous, pour les mêmes raisons, lorsque le mariage a été contracté entre étrangers appartenant à des nationalités différentes. Et il en est ainsi même quand la loi étrangère de chacun des époux reconnaît compétence aux agents diplomatiques ou consulaires des nations auxquelles ils appartiennent pour la célébration du mariage. En effet, même si l'on reconnaît que la règle *locus regit actum* n'est que facultative, la compétence de ces agents a pour fondement la loi personnelle de chacun des époux, et l'un de ceux-ci ne peut renoncer à sa loi personnelle que pour se conformer à la loi territoriale, mais non pas pour adopter la loi personnelle de son conjoint : la souveraineté du pays où le mariage est célébré ne saurait, en

cette matière, s'incliner devant des volontés individuelles.

Mais la possession d'état ne pourra-t-elle pas constituer une preuve suffisante du mariage, quand celui-ci est contracté entre deux étrangers appartenant à la même nationalité ? La question est controversée. Il faut supposer que ces étrangers peuvent, dans leur pays, se marier sans aucune solennité, par le simple échange des consentements. Il s'agit, par exemple, de deux sujets américains, domiciliés dans l'Etat de New-York ou de Pensylvanie. Ce mariage serait valable au regard de la législation américaine. Doit-il être considéré comme valable par la justice française ? La question est, en somme, de savoir si l'ordre public international s'oppose à ce qu'il en soit ainsi. Or, nous avons vu plus haut que le mariage est essentiellement lié, aux yeux de la loi française, à l'ordre public international. En effet, le mariage est la base de la société qui constitue la nation. Toutes les lois édictées en cette matière, toutes les formalités qui entourent l'union des époux, ont pour objet l'union du pays, et cet intérêt serait compromis par l'application d'une loi étrangère dont les dispositions seraient en opposition avec la loi française.

Dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire lorsque des époux étrangers se sont mariés à l'étranger, les tribunaux français devront appliquer, au point de vue de la preuve, selon les cas, soit les règles adoptées

dans le pays où le mariage a été contracté, soit celle du pays dont ressortissent les agents diplomatiques ou consulaires devant lesquels il a été célébré. Ce dernier cas est régi par les dispositions de l'article 48 du Code civil, et il exclut, *in terminis*, la preuve par la possession d'état. Le premier est régi par l'article 47 du même Code, ainsi conçu : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays ». Ce texte s'applique aux étrangers comme aux Français, et rien n'est plus logique. Si les époux ont suivi, au moment de leur mariage, la loi du lieu où leur union a été célébrée, c'est la *lex loci actus* qui devra être appliquée, et, dès lors, si, dans ce pays, la possession d'état ou le simple témoignage sont suffisants pour faire preuve du mariage, il en sera de même en France, car les époux n'ont pas pu raisonnablement songer à se ménager d'autre preuve. C'est là une conséquence forcée de la règle *locus regit actum*.

CHAPITRE IV

DE LA POSSESSION D'ÉTAT D'ÉPOUX EN DEHORS

DU MARIAGE

Jusqu'ici on a envisagé la possession d'état d'époux en tant qu'elle peut servir à l'établissement de la preuve du mariage.

Mais, cette possession d'état n'a-t-elle pas d'autres effets, et, alors même qu'il serait démontré que le mariage n'a jamais été légalement contracté, la vie commune n'entraîne-t-elle aucune conséquence au regard des prétendus époux ?

SECTION I

En principe, la possession d'état, en dehors du mariage, ne crée aucun lien de droit

En principe, entre les concubins, la possession d'état, si prolongée et si publique qu'elle ait été, ne saurait créer aucun lien de droit. La société ne peut, en effet, reconnaître ni sanctionner l'existence d'une union contraire aux prescriptions légales.

Sans doute, ces concubins pourront contracter ensemble et se faire des donations, et c'est une question discutée que de savoir si l'union libre n'a point

alors pour effet d'entraîner la nullité de ces actes. Mais la possession d'état demeure sans influence sur la solution de cette question. Que les concubins aient vécu ensemble ou séparément, qu'ils aient proclamé leur union publiquement ou qu'ils l'aient soigneusement cachée, ils savaient néanmoins qu'ils n'étaient pas mariés et ils seraient sans droit pour revendiquer les avantages d'une union qu'ils n'ont point légalement contractée. Si des tiers soutiennent que donations et obligations sont nulles, comme ayant une cause immorale ou illicite, il importera peu, en droit, que les relations intimes soient demeurées secrètes, car le concubinage est un fait, et ils en pourront établir l'existence de toutes manières, au besoin par simples présomptions ; la possession d'état n'aura alors d'autre effet que de faciliter l'administration de cette preuve.

De même, il a pu se former, entre les concubins, une sorte de société de biens, analogue à celle qui résulte de la communauté légale. Mais la question de savoir s'il convient d'admettre qu'il y ait eu, entre eux, une société de fait pour liquider la masse des biens acquis en commun, n'est point influencée par la possession d'état, et se ramène à savoir si le concubinage, avoué ou secret, n'est pas de nature, dans notre droit actuel, à produire cet effet.

SECTION II

Des effets de la possession d'état, au point de vue du mandat tacite donné par le prétendu mari à la femme

En est-il de même lorsque les concubins contractent avec des tiers ? La possession d'état donne alors à leur union toutes les apparences d'un véritable mariage. La femme porte le nom de son amant ; ils n'ont tous deux qu'un seul domicile ; elle-même remplit le rôle d'une femme légitime, vaque aux soins du ménage, fait les achats nécessaires à l'entretien de la famille et s'engage envers les fournisseurs. Ceux-ci, partageant la croyance commune, n'hésitent pas à faire crédit au faux ménage. Admettra-t-on les concubins, quand ces fournisseurs réclameront leur paiement, à leur opposer l'inexistence du mariage, sous le prétexte que la femme non mariée ne saurait être présumée avoir reçu de son amant mandat tacite pour les dépenses ménagères ?

§ 1. — *De l'existence du mandat tacite.*

Une jurisprudence constante refuse aux tiers tout recours contre le faux mari ; elle ne reconnaît pas de mandat tacite entre concubins.

C'est en ce sens, notamment, que s'est prononcé le Tribunal Civil de la Seine par un jugement en date du 11 décembre 1901 (1).

(1) Tribunal Civil de la Seine, 11 décembre 1901, D. 1902. 2. 133 ; GAZ. PAL. 1902. 1. 196.

Une demoiselle Gillot vivait maritalement avec un nommé Lang. Elle avait fait, au nom de son amant, un certain nombre de menues dépenses auxquelles les fournisseurs n'avaient consenti qu'après renseignements pris sur la solvabilité de Lang. Ce dernier, n'ayant rien commandé personnellement, se refusa à payer les fournisseurs et ceux-ci ayant assigné Lang, le Tribunal Civil de la Seine les débouta de leur demande.

Attendu, dit le jugement, que par exploits des 20 novembre 1900 et 27 février 1901, Lotte et C^{ie} réclament une somme de 2.948 francs pour paiement de fournitures : 1^o à la demoiselle Gillot, dite Lang ; 2^o à Lang ;

Attendu que Lotte et C^{ie} ont fait ces fournitures à la demoiselle Gillot, dite Lang ; que celle-ci doit être condamnée à en payer le montant ;

Attendu que Lotte et C^{ie} demandent que Lang soit condamné conjointement à leur payer ladite somme ; qu'ils prétendent que Lang cohabitait avec la demoiselle Gillot ; qu'il l'a autorisée à porter son nom ; que les fournitures n'ont été faites qu'en raison des renseignements fournis sur la solvabilité de Lang ; qu'il y avait une association de fait ; qu'en autorisant cette cohabitation et l'usage de son nom, Lang prenait envers les tiers l'engagement, tout au moins tacite, d'acquitter, ainsi qu'il l'a toujours fait, les engagements contractés sous son nom par la demoiselle Gillot ; que, subsidiairement, Lang leur aurait causé un préjudice dont il leur doit réparation, par application de l'article 1382, du Code civil, et qu'ils fixent à la somme de 2.948 francs ; qu'à l'appui de leur demande Lotte et C^{ie} articulent et offrent de prouver certains faits énumérés dans leurs conclusions du 30 octobre 1901 ;

Attendu que Lotte et C^{ie} ne peuvent prétendre à l'existence d'un mandat tacite donné par Lang à la demoiselle Gillot ; que le mandat tacite, donné par le mari à sa femme, résulte des circonstances impliquant nettement l'idée que celui qui agit au nom d'une autre personne est investi du pouvoir d'agir ; que le mariage crée des droits et des obligations réciproques ; qu'entre autres, le mari doit fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie ; que la femme, selon les mœurs et coutumes, a la charge de diriger l'intérieur du ménage, et, par suite, le droit d'obliger son mari, dont elle porte légalement le nom, en ce qui concerne l'acquisition des comestibles, provisions ordinaires, vêtements, etc..., qui sont des choses nécessaires à la vie commune ;

Mais, attendu que telle n'est pas la situation des défendeurs ; que, si la demoiselle Gillot a pris le nom de Lang, qui n'était pas son mari, que, si elle s'est fait délivrer des fournitures sous ce nom, ces faits ne sauraient établir un lien de droit entre Lotte et C^{ie} et Lang ; que si Lotte et C^{ie} prétendent n'avoir fait crédit à la demoiselle Gillot qu'à cause de la vie commune existant entre elle et Lang, ils ont commis une imprudence en ne se renseignant pas sur la situation respective des défendeurs ;

Attendu que Lotte et C^{ie} ont allégué un certain nombre de faits tendant à prouver que Lang avait autorisé la demoiselle Gillot à porter son nom, aurait cohabité avec elle et aurait pris l'engagement tacite d'acquitter les fournitures commandées par la demoiselle Gillot ;

Mais attendu que ces faits tendraient à établir l'existence d'un mandat verbal ; qu'en l'absence de tout écrit, et en raison du chiffre de la demande qui est supérieur à 150 francs, il y a lieu, conformément aux articles 1985, 1343 et 1347 du Code civil, de débouter Lotte et C^{ie} de ce chef ;

Par ces motifs : Condamne la demoiselle Gillot, dite Lang, à payer à Lotte et C^{ie} la somme de 2.948 francs avec les intérêts de droit ; déclare Lotte et C^{ie} mal fondés en leurs demande, fins et conclusions contre Lang ; les en déboute, etc... »

Cette jurisprudence ne nous paraît fondée ni en raison, ni en droit.

En raison, il est souverainement injuste d'imposer aux tiers, aux fournisseurs, l'obligation de se renseigner exactement sur l'état civil de leurs clients, et, s'ils sont trompés par ceux-ci, de leur faire néanmoins supporter les conséquences de cette fraude. De quelles dépenses s'agit-il donc ? De dépenses ménagères, c'est-à-dire, en général, de menues dépenses journalières. On imagine difficilement qu'avant de livrer leurs marchandises, le boucher, le charcutier ou le boulanger soient dans l'obligation d'exiger de toute femme, se disant mariée et passant pour telle, la production de son acte de mariage. Une semblable exigence de la part des fournisseurs aurait pour résultat

très certain de leur faire perdre toute clientèle, car, même les femmes légitimement mariées se refuseraient à cette justification. Est-ce à dire qu'il suffit qu'une femme se dise mariée pour que celui qu'elle prétend être son mari soit obligé par ses dépenses? Non pas. Il lui faudra, en outre, vivre comme une femme mariée, jouir, en un mot, de la possession d'état d'épouse légitime. Mais on entendra la possession d'état dans un sens large, et il suffira que la femme soit traitée par son mari et par le public, comme si elle était mariée. La famille n'a nul rôle à jouer, puisqu'il ne s'agit pas des droits de famille.

Si cette possession d'état existe, que le prétendu mari ne vienne pas soutenir qu'il n'est point obligé par les dépenses ménagères de la femme et que les tiers devaient mieux s'informer. Il y avait là, pour ces derniers, une véritable impossibilité de fait. Quant à lui, il a commis une faute à leur égard. Dans l'espèce citée plus haut, les fournisseurs avaient même pris soin de demander des renseignements. Mais on sait quelle est la valeur de ces renseignements : des agences spéciales les délivrent moyennant une faible rémunération, et elles prennent, en général, la précaution très sage de spécifier qu'elles entendent n'être nullement engagées par eux. Nulle personne, au courant des usages du commerce, ne s'étonnera donc que les renseignements demandés n'aient pas révélé la situation anormale du client. Ainsi, nul moyen pour les four-

nisseurs de connaître, ni même de soupçonner la vérité; et, en regard, une faute certaine de la part du faux mari qui fait ou laisse agir sa concubine. Equitablement, dans ce débat, ce dernier devrait supporter les conséquences de sa faute, et être condamné à payer aux fournisseurs le montant des livraisons opérées par eux. La jurisprudence s'y refuse. Le droit, en cette matière, serait-il donc contraire à l'équité ?

L'obligation, qui résulte pour le mari des achats faits par sa femme en vue de l'entretien du ménage, n'est pas discutée. On dit généralement que la femme reçoit, à cet effet, mandat tacite de son mari. Cela n'est vrai qu'à demi. « La femme, en s'occupant des besoins du ménage, dit M. Planiol (1), ne remplit pas le rôle de son mari; mais le sien propre : elle n'agit donc pas comme mandataire du mari, mais comme son associée, ayant avec lui les intérêts communs ; elle s'oblige en même temps elle-même, puisque les intérêts de son mari sont aussi les siens. La femme, en faisant ces différents actes, agit donc à la fois au nom de son mari et au sien, et le pouvoir qu'elle en a reçu vaut tout à la fois mandat et autorisation. »

Quelle que soit, d'ailleurs, la base juridique que l'on puisse donner au pouvoir ainsi reconnu à la femme d'engager son mari pour les dépenses ménagères, on en limite les effets entre personnes légitimement unies

(1) M. PLANIOL, t. I, n° 958.

par le mariage, parce que la loi a créé entre époux des devoirs réciproques que le concubinage, même manifesté extérieurement par une possession d'état d'époux légitimes, ne saurait faire naître. Les époux doivent, aux termes de l'article 203 du Code civil, élever et entretenir leurs enfants; ils se doivent mutuellement, d'après l'article 212, secours et assistance; enfin l'article 214 décide que le mari est obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Le mari est donc chargé de tous les frais d'entretien, en sa qualité de chef de la communauté. Que si la femme, remplissant son rôle naturel, préside aux soins du ménage, elle ne peut le faire qu'au nom de la communauté, en vertu des pouvoirs qu'elle tient de son mari. Sans mariage, point de communauté, point de délégation possible des pouvoirs du mari, chef de celle-ci, donc point d'obligation à sa charge.

Le raisonnement est spécieux, mais il repose sur une base inexacte. « Le mandat tacite conféré par la loi à la femme, dit avec raison M. de Loynes (1), a pour fondement la vie commune, l'existence d'un ménage commun à l'administration duquel les deux époux participent. » Le Code civil a simplement tiré les conséquences normales et logiques de cette situation, lorsqu'il y a mariage légalement contracté. Il a gardé le

(1) Note de M. de LOYNES dans D. 1891, 2, 257.

silence lorsqu'il y avait possession d'état entre de prétendus époux. Est-ce à dire qu'à cette situation analogue à celle que crée le mariage, puisque dans les deux cas il y a vie commune et apparence d'union légitime, doivent correspondre des effets juridiques absolument différents ? Tandis que le mari se trouve obligé par les dépenses de sa femme, sous la seule condition que ces dépenses soient susceptibles de rentrer dans les pouvoirs reconnus à celle-ci, le concubin, même s'il se proclame marié, sera-t-il affranchi de cette obligation ?

Il n'est pas douteux que ce serait aller à l'encontre de la volonté du législateur. Le Code civil ignore l'union libre ; il se refuse à lui faire produire les effets même atténués d'un mariage, à y voir une sorte d'union légale, d'ordre inférieur. Mais ce silence du Code est dirigé contre les concubins et en faveur du mariage. Leurs enfants ne seront pas légitimes, eux-mêmes n'auront aucun droit de succession réciproque, etc..... Mais reconnaître au profit du concubin le droit de s'affranchir, à son gré, de toute obligation aux dettes contractées par la femme avec laquelle il vit maritalement, c'est lui accorder un singulier privilège, sans qu'on puisse comprendre pourquoi des personnes dont l'existence est en tout semblable à celle des personnes unies par un mariage légitime seraient mieux traitées que ces dernières.

L'amant, comme le mari, profite des dépenses

d'entretien, des achats de victuailles, de provisions, de linges et d'étoffes nécessaires à l'entretien journalier de la maison. La vie commune entraîne donc des obligations communes, et, bien loin de voir dans les articles précités du Code civil, une justification de l'opinion admise par la jurisprudence, nous y voyons l'application pure et simple de ce principe au mariage. Tel étant le principe, nous en tirons cette conséquence naturelle que deux personnes vivant maritalement sont tenues, au regard des tiers, dans les mêmes conditions que deux personnes mariées.

L'obligation du mari a bien pour cause la vie commune, car, à dater de l'ordonnance du Président du Tribunal civil autorisant la femme à résider ailleurs que chez son mari, en cas de séparation de corps, le mari cesse d'être obligé (1). Pourtant le mariage subsiste et entraîne les mêmes devoirs qu'auparavant. Mais, la vie commune a légalement cessé, et, avec elle, les dépenses communes.

Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la vie commune n'ait plus d'existence légale ; il ne suffirait pas d'une simple séparation de fait. C'est en cela, et en cela seulement, que la situation du concubin diffère de celle du mari. Rien, d'ailleurs, de plus logique. Le mariage crée par lui-même des devoirs et des obligations, le concubinage n'en crée pas. Tant que les

(1) Trib. de Lyon, 7 décembre 1901, *Mon. Jud.* Lyon, 19 déc. 1901.

relations intimes demeurent cachées, tant que les amants ne se présentent pas au public comme mariés et ne sont pas tenus pour tels, aucune obligation ne saurait naître à l'encontre du concubin du fait de sa concubine. Que la possession d'état d'époux légitimes usurpée par le faux ménage vienne à cesser, la vie commune disparaissant, aucune obligation de ce genre n'est désormais possible. La possession d'état est un simple fait qui ne produit ses effets que tant qu'il dure. — Il n'en va pas de même pour le mariage. Si la vie commune est le fondement ordinaire de l'obligation du mari, il n'en est pas moins vrai que, aux termes de la loi, tant que le mariage subsiste, le mari doit pourvoir aux besoins de sa femme.

Mais, lorsque les époux vivent séparés de fait, l'obligation maritale cesse d'avoir pour base un mandat tacite et n'a plus d'autre justification que le devoir du mari de pourvoir à l'entretien de la famille. « Il est certain, dit Laurent (1), que, dans ces circonstances, on ne peut plus admettre de mandat tacite, car le mandat se forme par concours de consentements, et comment y aurait-il concours de volontés, là où les sentiments sont discordants et hostiles? » D'ailleurs, le mandat donné dans l'intérêt exclusif du mandataire est nul, et il en serait ainsi toutes les fois qu'il n'y a pas d'enfants ou que le mari les conserve avec lui. Les créanciers de

(1) LAURENT, t. XXII, p. 126, n° 109.

la femme n'ont donc contre le mari qu'une action indirecte (art. 1166 C. civ.), ou même une action de gestion d'affaires, car les dépenses qu'ils ont faites profitent au mari, qui aurait dû les faire lui-même. En d'autres termes, en cas de mariage, tant que la vie commune existe légalement, alors même que les époux vivraient séparément, l'obligation du mari subsiste. La possession d'état, au contraire, étant un simple fait, a pour terme la séparation des prétendus époux.

Ainsi entendues, les dispositions de notre Droit civil échappent au reproche d'illogisme et d'iniquité.

On pourrait cependant objecter que notre raisonnement repose sur une pure analogie. En effet, de ce que la vie commune entraîne, entre époux, l'obligation pour le mari de payer les dettes contractées par sa femme, en vue de l'entretien du ménage, nous en avons conclu que cette même vie commune entraînait une obligation analogue à la charge de tout homme jouissant de la possession d'état d'époux légitime.

Nous répondrons tout d'abord qu'on est bien forcé d'avoir recours à des raisonnements d'analogie, quand le législateur garde le silence.

Mais il y a mieux, et notre opinion trouve un point d'appui très solide dans les dispositions de l'article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Un homme se comporte publiquement comme marié et se

fait reconnaître comme tel par le public ; sa prétendue femme fait des achats pour le compte du faux ménage et les fournisseurs consentent à lui faire crédit, en raison de la solvabilité connue de celui qui passe pour son mari ; puis, au moment où ils se présentent pour obtenir paiement, ce dernier allègue qu'il n'est point marié et qu'il n'est pas obligé de payer les dettes contractées par la femme avec laquelle il vit. Sa prétention ne saurait être admise. Il a commis, en effet, une faute très grave en faisant ou en laissant croire à l'existence d'un mariage qu'il sait n'avoir point contracté. Qu'il répare donc le dommage qu'il a causé. Or, aucune réparation ne saurait être plus équitable, plus exactement proportionnée à la faute, que de le traiter comme il a voulu l'être, c'est-à-dire comme un homme marié. Il faut d'autant moins hésiter à le décider ainsi, que le Code se contente, au besoin, d'une simple négligence ou imprudence (art. 1383 C. civ.) et que, dans notre cas, la faute est volontaire, grave et prolongée.

Pourtant la jurisprudence s'y refuse, sous le prétexte que, si le faux mari a commis une faute, les fournisseurs ont à se reprocher d'avoir mal pris leurs renseignements. Mais, pourquoi ces derniers auraient-ils supposé le mensonge dont on les rend ainsi victimes ? Quel fournisseur oserait se livrer à un interrogatoire ou à une enquête sur l'état civil de ses clientes ? Surtout, où voit-on qu'ils y soient légalement con-

traints ? La vérité est donc que les fournisseurs ne sont point en faute. Quant à leurs adversaires, la faute de la femme constitue une véritable escroquerie, car elle a pris un faux nom et une fausse qualité pour se faire remettre des marchandises (art. 405 C. pén.), et elle ne peut échapper aux sanctions pénales qu'en invoquant le défaut d'intention délictuelle, et la faute du mari, même s'il n'est pas complice d'un délit pénal, constitue un délit, ou, tout au moins, un quasi-délit civil. Il n'y a pas faute commune des fournisseurs et de leurs clients, mais une fraude commise par les seconds à l'égard des premiers, un mensonge auquel le seul tort de ceux-ci est d'avoir cru, partageant en cela l'erreur commune. La seule réparation du dommage consistera à tenir le mensonge pour vérité, à obliger le faux mari à payer les dettes ménagères de celle qu'il a osé traiter publiquement comme son épouse.

Dans le jugement précité, le Tribunal civil de la Seine objectait que la preuve testimoniale ne saurait être admise en ce qui concerne les faits d'où résulte la faute du prétendu mari, toutes les fois du moins que le chiffre de la demande serait supérieur à 150 francs, car ces faits « tendraient à établir l'existence d'un mandat verbal » et l'article 1985 du Code civil décide que la preuve testimoniale d'un tel mandat « ne peut être reçue que conformément au titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général » et notamment aux règles posées par les articles 1343 et 1347 de ce Code.

Ce n'est point là, sans doute, une objection de principe, mais une simple question de preuve, et, au-dessous de 150 francs, nulle difficulté ne s'élèverait. Il n'en reste pas moins que, si l'objection était fondée, la portée pratique de notre solution serait extrêmement restreinte car, au delà de cette somme, il sera très rare que les demandeurs aient la ressource de se prévaloir d'un commencement de preuve par écrit émanant du prétendu mari et rendant admissible la preuve testimoniale (art. 1347 C. civ.).

Mais, cette objection n'est point fondée. On n'a jamais songé à opposer à un fournisseur que la femme légitimement mariée ne pouvait obliger son mari que jusqu'à concurrence de 150 francs. Les tribunaux n'ont jamais hésité à allouer aux demandeurs des sommes considérablement supérieures sans que ceux-ci aient eu à rapporter la preuve d'un mandat exprès donné par le mari, et il est à peine besoin de faire à nouveau remarquer quelles entraves ridicules une telle exigence apporterait dans le commerce.

D'ailleurs, est-ce d'un mandat tacite que les demandeurs entendent faire la preuve ? Nullement. Certains juristes ont cherché à expliquer par cette idée le pouvoir reconnu à la femme d'engager son mari pour les dépenses ménagères. Mais cette explication est loin d'être satisfaisante, et nous croyons qu'il faut reconnaître que l'obligation du mari a sa source dans la vie commune des époux, dans la société de biens

qu'elle comporte. Sinon, il faudrait refuser aux fournisseurs toute action contre le mari, dès que le montant de leurs factures dépasserait 150 francs, car le mandat conjugal n'est l'objet d'aucune règle spéciale, et, l'autorisation maritale, lorsqu'elle est tacite, ne peut résulter que du concours du mari dans l'acte accompli par la femme (1). Lorsqu'il s'agit de personnes unies par le mariage, il suffit d'établir l'existence de ce mariage, puisque, dans ce cas, la vie commune est réalisée légalement, même lorsque les époux sont en fait séparés l'un de l'autre. Que s'il s'agit, au contraire, de personnes jouissant seulement de la possession d'état d'époux légitimes, la vie commune est un pur fait dont la preuve peut être administrée de toutes manières, principalement par témoins. Si l'on ajoute qu'il s'agit alors d'un fait fautif, mensonger et dommageable, d'une obligation résultant pour le faux mari d'un quasi-délit commis par lui, il est impossible de douter que la preuve ne puisse être administrée par témoins (arg. art. 1348 C. civ.).

On ne saurait objecter, enfin, contre notre solution, qu'elle est contraire à la moralité publique, en ce qu'elle tend à faire produire au concubinage les effets du mariage. Sans doute, les concubins, s'ils se sont présentés comme mariés et ont été tenus pour tels, seront traités comme s'ils étaient effectivement mariés, mais seulement au regard des tiers avec qui la femme

(1) Voir sur ce point, Cassation, 20 janvier 1881, S. 82. 1. 301.

a contracté. Le faux mari supportera les inconvénients pécuniaires du mariage, sans que l'union illégitime donne aux prétendus époux ou à leurs enfants les droits et les avantages d'une union régulière. Au rebours, si le concubin n'était jamais tenu des dépenses ménagères engagées par la femme, qui ne voit qu'il y aurait là une prime donnée au concubinage, un moyen facile pour les faux ménages de faire des dupes et de s'affranchir du paiement des dettes communes.

§ 2. — *De l'étendue de l'obligation du faux mari.*

L'obligation du prétendu mari ayant pour fondement la faute qu'il a commise, il s'ensuit que la réparation du dommage devra être intégrale. Le faux mari devra donc payer en entier les dépenses ménagères, sauf aux tribunaux à apprécier si ces dépenses n'excedent pas les besoins présumés du ménage.

On pourrait être tenté d'admettre que le concubin ne sera jamais tenu que par une action *de in rem verso*, jusqu'à concurrence du profit par lui retiré des dépenses communes. Ce serait insuffisant, car ce n'est pas à la femme, en réalité, que le crédit a été fait, c'est au ménage et c'est la solvabilité du prétendu mari, chef de ce ménage, que les fournisseurs ont envisagée lorsqu'ils y ont consenti. Ils n'ont pas imaginé alors que la femme, unanimement considérée comme mariée, ne l'était cependant pas. Puis, le dommage qui leur est causé et dont il leur est dû réparation, c'est le montant total des livraisons opérées par eux.

Solidaires dans la faute, les prétendus époux le doivent être également dans ses conséquences pécuniaires, et la jurisprudence, suivant en cela les règles du Droit romain et du Droit coutumier, n'hésite pas à admettre la solidarité (peut-être vaudrait-il mieux parler d'obligations *in solidum*) entre les coauteurs de délits et de quasi-délits civils (1).

Nous avons supposé, jusqu'ici, que la femme n'avait fait que des dépenses ménagères. Mais la jurisprudence a parfois décidé que la femme pouvait être considérée comme ayant le pouvoir de contracter des emprunts au nom du mari et de la communauté (2), à la condition toutefois que ces emprunts aient pour objet de fournir à la femme les ressources nécessaires pour les besoins du ménage. Même avec cette restriction, le pouvoir ainsi reconnu à la femme nous paraît exorbitant. Quoi qu'il en soit, si on admet que le mari est obligé par de tels emprunts, il faudra en dire autant du concubin qui aura la possession d'état d'époux légitime, car celui-ci doit être traité, au regard des tiers, comme s'il était légalement marié.

En résumé, le faux mari est, à notre avis, obligé par toutes les dépenses de la femme avec laquelle il vit maritalement, à la seule condition que ces dépenses soient relatives aux besoins du ménage et à l'entretien de la famille.

(1) Voir notamment, Cassation, 15 janvier 1878, S. 78. 1. 293.

(2) Voir Cassation, 17 décembre 1901, D. 1903. 1. 153 S. 1905. 1. 37.

CONCLUSION

Nous avons examiné le rôle de la possession d'état d'époux en tant que preuve du mariage, en Droit interne et en Droit international, et, en outre, contrairement à la jurisprudence, nous avons admis, qu'en dehors même du mariage, elle pouvait constituer les prétendus époux en faute au regard des tiers et entraîner pour l'homme l'obligation de payer les dépenses ménagères faites par la femme pour le compte du faux ménage.

Tels sont, dans notre législation actuelle, les seuls effets de la possession d'état d'époux.

Il est un cas, cependant, où l'on doit regretter que le législateur n'ait attaché aucun effet à la possession d'état, et qu'il convient d'examiner, en terminant.

On sait que l'article 340 du Code civil interdit, d'une manière presque absolue, la recherche de la paternité.

Cette prohibition a soulevé un mouvement de protestation qui ne fait que s'accroître et qu'on retrouve non seulement dans les écrits des juristes, mais dans les ouvrages des romanciers, des auteurs dramatiques, des économistes et des philosophes. Il est, en effet, souverainement injuste de faire supporter aux enfants les fautes de leurs parents, et la protection accordée

par la loi au père renégat est un scandale public, car « aucun homme ne peut, sans se sentir flétri, répudier l'enfant auquel il a transmis la vie ni décliner la responsabilité la plus haute et la plus stricte de ce monde, celle qui relie le père à l'enfant. L'enfant appelé à la vie ne peut être abandonné, ni la mère réduite à la misère (1). »

L'enfant naturel n'a point cependant toujours été aussi cyniquement traité par le législateur. Sans remonter aux temps barbares, où la question de légitimité ne se posait même pas, à Rome, les enfants nés du concubinage avaient des droits identiques à ceux des enfants issus des *justæ nuptiæ* et pouvaient rechercher leur père pour lui réclamer des aliments.

Sous l'influence du christianisme, et dans le but d'enrayer la débauche, les Empereurs réduisirent les droits des enfants naturels : Constantin interdit la donation et ne leur accorda que des aliments dont la quotité était limitée ; Justinien restreignit leur portion héréditaire à un douzième de la succession de leur père, et Léon III leur enleva même, sur ce point, tous leurs droits.

Néanmoins, jusqu'à la Révolution, on admit la recherche de la paternité dans le but de permettre aux enfants de réclamer des aliments à leur père naturel.

Ces actions en recherche de paternité donnèrent

(1) ACCOLAS, *L'enfant né hors mariage*.

lieu à des enquêtes scandaleuses, car les enfants naturels pouvaient établir la preuve de leur filiation par des faits directs et même par de simples présomptions. S'ils prouvaient que leurs prétendus pères avaient eu des relations fréquentes avec leurs mères, ceux-ci étaient condamnés à leur fournir des aliments. Aussi, lors des travaux préparatoires du Code civil, Tronchet déclara que les filles-mères choisissaient pour pères de leurs enfants les plus riches de ceux qui avaient eu avec elles des rapports intimes, et Bigot du Préameneu exposait que les recherches de paternité étaient considérées comme le fléau de la société (1). L'ancien droit admettait la maxime *creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo prægnantem esse*. Cette maxime se retrouve dans un édit de Henri II, de février 1556 : les filles du peuple étaient tenues de révéler leur grossesse, sinon elles encouraient la peine grave de l'homicide, si l'enfant mourait privé du baptême, et étaient déchues du bénéfice de la maxime *virgini creditur*. Un édit de Louis XIV, du 25 février 1708, confirma à nouveau cette maxime. Sans doute, ainsi que le fait remarquer M. Planiol (2), l'effet de la maxime était, sur l'affirmation de la fille-mère, d'obliger l'homme qu'elle avait indiqué comme l'auteur de sa grossesse « à pourvoir provisoirement aux frais de gésine de la

(1) Voir FENET, *Exposé des Motifs*, t. X, pp. 71 et 154.

(2) M. PLANIOL, t. I, p. 493.

mère et à l'entretien de l'enfant », sans que, pour cela, la question de paternité fût résolue au fond.

Mais il y avait là, en fait, un préjugé très défavorable pour le prétendu père, et celui qui avait été déjà condamné à payer une pension, fût-elle provisoire, pour l'entretien de l'enfant, risquait fort d'être également condamné à payer la pension définitive. Il en devait être d'autant plus facilement ainsi, que, d'après Pothier, il suffisait qu'une fille pût établir qu'un homme s'était permis à son endroit quelques privautés et quelques familiarités pour qu'il fût présumé père de l'enfant et obligé de s'en charger.

Sous la Révolution, la loi du 12 brumaire an II accorda aux enfants naturels des droits égaux à ceux des enfants légitimes, mais elle interdit la recherche de la paternité, sauf à l'enfant à prouver sa possession d'état.

Cette solution exagérément égalitaire, en ce qui concerne les droits des enfants naturels, amena une réaction de la part du législateur de 1804, et, d'autre part, sans qu'on sache exactement pour quelle raison, la prohibition de la recherche de la paternité fut aggravée par lui en ce sens que la loi n'admit même plus l'aveu du père comme pouvant établir la paternité (1).

Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux que la loi de

(1) Voir sur ce point LÉON GIRAUD, *La Vérité sur la recherche de la paternité*, *Revue critique*, 1884, t. XIII, pp. 590 et 672.

l'an II et le Code civil n'interdirent la recherche de la paternité qu'à cause des difficultés de la preuve et pour éviter des débats scandaleux et des jugements arbitraires.

D'après l'article 340 du Code civil, la défense est absolue et ne comporte d'autre exception que celle du cas d'enlèvement de la mère, auquel, selon l'opinion dominante, il faut assimiler le cas de viol, et encore la recherche de la paternité n'est-elle admise, dans ces hypothèses exceptionnelles, que si l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapporte à celle de la conception ou, tout au moins, que si, depuis l'enlèvement jusqu'à la conception, la fille séduite et son ravisseur n'ont pas cessé d'être dans les rapports où ils se trouvaient lors de cet événement.

La jurisprudence a parfois autorisé la mère à réclamer à son séducteur une indemnité et elle a également validé l'engagement pris par le père de pourvoir aux besoins de son enfant, mais, dans le premier cas, elle exige que la femme ait été séduite à l'aide de moyens déshonnêtes et spécialement par une promesse de mariage (1), et, dans le deuxième cas, elle ne sanctionne qu'un engagement pris par écrit (2). Elle se refuse, au contraire, à accorder aucune indemnité à l'enfant, lorsque sa mère a librement consenti à l'éta-

(1) Voir notamment, Cassation, 25 février 1890, S. 93. 1. 423.

(2) Voir notamment, Paris, 30 juin 1893, D. 94. 2. 526.

blissement des relations intimes, ou en l'absence de tout écrit.

Sans exposer les motifs sur lesquels est fondée cette jurisprudence, qu'il suffit de rappeler, non plus que les critiques dont elle est l'objet, il résulte des explications précédentes que la paternité naturelle ne constitue pas, dans notre droit, une cause légale d'obligation.

À notre avis, pour résoudre équitablement le problème si difficile et si complexe de la recherche de la paternité, il convient de distinguer nettement deux hypothèses.

Ou bien, en effet, les parents ont eu la possession d'état d'époux et se sont proclamés tels vis-à-vis de leurs familles et de la société; ou bien, au contraire, tout s'est borné, entre eux, à des rapports secrets, involontés, et plus ou moins fréquents.

Dans cette dernière hypothèse, la preuve de la paternité est très difficile et il y a lieu de redouter que son admission ne provoque des débats scandaleux et des décisions iniques. Même en se basant sur la correspondance du prétendu père, souvent aveuglé par la passion, le doute subsistera fréquemment dans l'esprit des juges. En un mot, tous les inconvénients de la recherche de la paternité, signalés par Pothier, Tronchet et Bigot du Préameneu subsistent dans ce cas. Il conviendrait donc d'exiger sinon une reconnaissance solennelle, du moins un aveu de paternité écrit et formel.

Mais, lorsque les parents ont vécu maritalement et ont été considérés comme mariés par leurs familles et par la société, quand leurs enfants ont eu, pendant de longues années, la possession d'état d'enfants légitimes, le père ne devrait pas pouvoir, sans raisons ni motifs, abandonner et laisser à la misère les enfants issus de son union.

Cependant la jurisprudence se refusera, dans ce cas, à le condamner à des dommages-intérêts, s'il n'y a, de sa part, ni séduction dolosive, ni engagement écrit de pourvoir à l'entretien des enfants.

Et pourtant, dans cette hypothèse, nulle difficulté de preuve, nul scandale possible.

Au contraire, le scandale fréquent, dans les grandes villes, consiste à voir un homme qui, tant que dura la jeunesse de la femme, l'a publiquement traitée en épouse, la quitter lâchement, sans ressources la plupart du temps, et lui laisser le soin d'élever et d'entretenir leurs enfants, pour faire, de son côté, une nouvelle victime, pour vivre plus largement ou pour contracter un mariage non dépourvu d'avantages pécuniaires.

Qu'il en soit ainsi quand l'union n'a produit aucun fruit, cela se comprend ; la femme a agi librement, elle s'est volontairement exposée au risque qui l'a atteint ; et la loi ne saurait lui reconnaître les droits d'une épouse légitime. Mais il n'en devrait pas être de même lorsque des enfants sont issus de l'union, et il

est vraiment trop injuste de répondre qu'il y a eu faute commune pour en faire supporter toutes les conséquences fâcheuses par la femme seule et pour permettre au faux mari d'échapper aux charges qu'il a contribué à créer.

Ces solutions iniques ne devraient être admises que si la preuve de la paternité ne pouvait être obtenue avec quelque certitude, et, dans notre hypothèse, il n'en est point ainsi, puisque la paternité résulte d'une cohabitation publique, prolongée, à titre d'époux.

En effet, si l'on recherche le fondement rationnel de la présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, on ne peut douter qu'il ne soit dans le fait de la cohabitation publique à titre d'époux, ou, en d'autres termes, dans la possession d'état. Le mariage n'a pas le monopole de la fidélité et si, néanmoins, le législateur déclare que le mari est le père de l'enfant, c'est que tel est le fait ordinaire, car, si le mari est convaincu de l'infidélité de sa femme et s'il en possède la preuve, il obtiendra le divorce ou la séparation de corps. Si donc il continue à vivre avec elle et à la traiter en épouse, c'est qu'il croit à sa fidélité ; en tous cas, la loi doit le présumer.

Au reste, l'exercice de l'action en désaveu est une preuve certaine que la cohabitation publique, à titre d'époux, est bien le fondement de la présomption légale de paternité. Si la naissance de l'enfant n'a pas été cachée, le désaveu n'est admis que s'il y a eu impossi-

bilité physique de cohabitation entre le mari et la femme, impossibilité résultant de l'éloignement ou d'une impuissance accidentelle, pendant tout le temps de la conception (art. 312 al. 2 C. civ.), et, si cette naissance a été cachée, comme ce recel rend l'adultère plus vraisemblable, il suffit d'une impossibilité de cohabitation plus largement appréciée (art. 313 al. 1. C. civ.).

Si l'enfant naît avant le 180^e jour du mariage, le mari peut le désavouer (art. 314 C. civ.) parce que, à l'époque de la conception, les époux ne cohabitaient pas encore ensemble, et il n'en serait autrement que si le mari avait reconnu sa paternité soit expressément, soit tacitement, ou s'il connaissait l'état de sa femme avant le mariage. Enfin, si l'enfant est conçu alors que les époux sont légalement séparés, une simple déclaration de désaveu, de la part du mari, suffira. Ainsi, toutes les fois que la cohabitation n'existe pas ou a cessé, l'action en désaveu est ouverte et la présomption *is est pater* est mise en échec.

Si donc la cohabitation est la base rationnelle de cette présomption, il vaudrait mieux la remplacer par celle-ci : *Pater is est quem cohabitatio publica et possessio matrimonialis statuti demonstrant.*

Ce que nous disons de la cohabitation publique, à titre d'époux, ne saurait être étendu à la cohabitation secrète non plus qu'à la cohabitation, même publique, à un autre titre.

En effet, si un homme refuse à sa compagne de la

reconnaître comme épouse, cela implique, de sa part, des doutes sur la fidélité de celle-ci et une volonté très certaine de ne pas assumer les responsabilités du mariage. D'autre part, si la femme consent à cette situation avilie, c'est qu'elle a, sans doute, pour cela, des raisons fort peu morales. Il est bien difficile, dans ce cas, d'affirmer la paternité du concubin, en dehors de son aveu formel.

Au contraire, nulle volonté plus certaine que celle de l'homme qui, non retenu par les liens du mariage, continue à vivre maritalement avec la femme et à traiter comme siens les enfants issus de son union.

En fait, il n'est même pas exagéré de dire que la présomption légale prendrait alors une force singulière. Qu'un homme marié hésite à demander le divorce, s'il a des doutes sur la fidélité de sa compagne, cela se comprend, car, outre le scandale que ce procès soulèvera autour de lui, il lui faudra prouver à des juges cette infidélité, et cette preuve est généralement bien difficile à établir. Mais, pour celui qui n'a que la possession d'état d'époux, sa simple volonté suffit ; il n'est point obligé d'intenter un procès scandaleux ; il peut, sans débats, quitter celle qui a perdu sa confiance.

On objectera, peut-être, qu'admettre, dans ce cas, la recherche de la paternité, c'est égaler le concubinage, avoué et proclamé, au mariage même. Cette prétendue objection de moralité se retournerait contre

ses auteurs. En réalité, c'est faire à l'union libre la part trop belle que de refuser de faire supporter au prétendu mari sa contribution dans les charges nées du faux mariage, car, si l'on se range à notre avis, l'homme ne supportera que des charges, sans acquérir, par compensation, aucun des avantages du mariage. « Qui fait l'enfant, doit le nourrir », cette vieille maxime de Loysel est, dans sa forme un peu brutale, plus morale, certes, que la règle qui, en dehors du mariage solennel sanctionné par la loi, laisse à l'homme la liberté de se dérober au plus sacré des devoirs.

Convierait-il d'exiger, en outre, qu'à la possession d'état de leurs parents, les enfants joignent la preuve de leur propre possession d'état d'enfants légitimes ? Nous l'admettrions assez volontiers. Il est bien certain que si ces deux possessions d'état existent, si le père a traité son enfant comme son enfant légitime, il y a là une circonstance de fait de la plus haute importance, et que, dans le cas inverse, la présomption ci-dessus formulée reçoit une atteinte incontestable.

En tous cas, l'exercice de l'action en désaveu devrait être très largement admis, et nous proposons, sur ce point, l'adoption de règles analogues à celles de l'article 313 al. 1 du Code civil, ou même, à l'exemple du Code civil allemand (art. 1717), nous admettrions que la présomption légale put être détruite si le faux mari prouve que la femme a eu des

relations avec d'autres que lui, pendant le temps de la conception.

Dans les propositions de loi, jusqu'ici déposées sur les bureaux des Chambres, la recherche de la paternité n'a été envisagée que d'une manière générale, c'est-à-dire sans aucune distinction concernant le mode de vie des parents et l'attitude qu'ils ont eue au regard de leurs enfants. Aussi ces propositions ont-elles échoué par crainte des procès scandaleux et de l'incertitude des preuves administrées au nom de l'enfant. (Voir sur l'échec de la proposition Rivet : *Annuaire lég. franç.* 1884, p. 10-11.)

Vu par le Président de la Thèse :

R. PIÉDELIEVRE.

Vu le Doyen,

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'Imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

.....

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
PLAN.....	40
CHAPITRE PREMIER. — De la possession d'état d'époux comme preuve du mariage.....	43
SECTION I. — De la règle que le mariage ne peut être prouvé qu'au moyen de la représen- tation de l'acte de célébration.....	43
§ 1. Origine de la règle.....	43
§ 2. Raison d'être de la règle.....	47
§ 3. Importance de la règle.....	50
§ 4. Etendue d'application de la règle	54
SECTION II. — La possession d'état corrobore l'acte de célébration.....	61
§ 1. A quelles conditions est su- bordonné l'exercice de la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état.....	62
§ 2. Des irrégularités que la pos- session d'état peut couvrir.	69
§ 3. Par quelles personnes la fin de non-recevoir tirée de la possession d'état peut être opposée.....	94

	Pages
CHAPITRE II. — Exception apportée, en faveur des enfants, au principe que la possession d'état ne supplée pas à la représentation de l'acte de célébration du mariage.....	100
SECTION I. — A quelles conditions est subordonnée l'exception de l'article 197 du Code civil.....	105
§ 1. Décès des auteurs de l'enfant; cas qu'il convient d'assimiler au décès.....	105
§ 2. De la double possession d'état des parents et des enfants; du pouvoir d'appréciation des tribunaux; des caractères des deux possessions d'état et de la manière dont elles doivent être établies..	124
§ 3. L'acte de naissance de l'enfant ne doit pas contredire sa possession d'état.....	142
SECTION II. — Des effets de la présomption de l'article 197 du Code civil.....	146
§ 1. Du caractère de la présomption de l'article 197 du Code civil.....	147
§ 2. Moyens de preuve à l'aide desquels la présomption de l'article 197 pourra être détruite.....	155
§ 3. Des personnes qui peuvent invoquer la présomption de l'article 197 du Code civil.....	164
CHAPITRE III. — De la possession d'état d'époux en droit international privé.....	171
SECTION I. — De la possession d'état en ce qui concerne le mariage d'un Français à l'étranger.....	172
§ 1. Du mariage contracté <i>solo consensu</i> et de sa preuve par la possession d'état.....	172

	Pages
§ 2. De la possession d'état d'époux, au cas où le mariage a été célébré dans des formes solennelles	182
SECTION II. — De la possession d'état en ce qui concerne la preuve d'un mariage contracté par un étranger.....	206
CHAPITRE IV. — De la possession d'état d'époux légitimes en dehors du mariage.	210
SECTION I. — En principe, la possession d'état, en dehors du mariage, ne crée aucun lien de droit.....	210
SECTION II. — Des effets de la possession d'état au point de vue du mandat tacite donné par le prétendu mari à la femme	212
§ 1. De l'existence du mandat tacite.....	212
§ 2. De l'étendue de l'obligation du faux mari.....	226
CONCLUSION.....	228

